Legitimatio per subsequens matrimonium et per rescriptum principis

unter Berücksichtigung
des römischen, gemeinen Rechts, der Landesgesetze
und des B. G. B. (§§ 1719—1740).

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

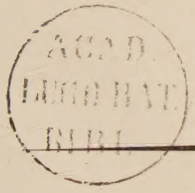
juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt

von

Stanislaus Kwadyński

aus Breslau.



Rostock 1904.

Universitäts-Buchdruckerei von Adlers Erben, G. m. b. H.

Referent: Herr Prof. Dr. jur. **Matthiass.**

In Dankbarkeit und Ehrerbietung

gewidmet

Herrn Prof. von Jarochowski.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0027

Litteratur.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten 12. Aufl. Stuttgart 1883.

Archiv für zivilistische Praxis Band 91.

Archiv für öffentliches Recht 11. Band S. 579—587.

Archiv für practische Rechtswissenschaft aus dem Gebiete des Civilrechts, Civilprocesses und Criminalrechts 9. Band. Darmstadt und Leipzig.

Badische Annalen 54. Jahrgang 1888 S. 297—304.

Badische Rechtspraxis 69. Jahrgang S. 70. Carlsruhe 1903.

Baron, Pand. 7. Aufl. Leipzig 1890.

Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. Cassel 1855.

Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts v. Resson u. Küntzel. Berlin 1891.

Bekker, System des heut. Pandektenrechts 1. (1886).

Beringer, Werner, Das uneheliche Kind und seine Mutter, ihre Ansprüche gegen den unehelichen Vater. Legitimation des unehelichen Kindes dargestellt nach B. G. B. unter Berücksichtigung des französischen Rechts. Metz 1903.

Boschan, Das Eltern- und Vormundschaftsrecht. Berlin. 1900.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten.

B. G. B., Fischer, Henle, 2. Aufl. München 1898.

von Buchholtz, Juristische Abhandlungen aus dem Gebiete des heutigen römischen Rechts. Königsberg 1833. Nr. 18.

von Buchka, B. G. B. und Gemeines Recht. III. Aufl. Berlin 1898.

Bunsen, Fr., Einführung in das B. G. B. für das deutsche Reich. Rostock 1898.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts II. B. 3. Aufl. Jena 1901.

Civilprocessordnung v. Sydow 8. Aufl. Berlin 1901.

Denkschrift zum Entwurf eines B. G. B. nebst 3 Anlagen. Berlin 1896.

Dernburg, Pand. 6. Aufl Berlin 1901.

Dernburg, Bürgerliches Recht 4. Band Halle 1903.

Dieck, Beiträge zur Lehre von der Legitimation durch nachfolgende Ehe. Halle 1832.

Engelmann, Das alte und neue bürgerliche Recht Deutschlands. Berlin 1899.

Förtsel, Der Code civil u. das B. G. B. II. Aufl. Berlin 1899.

Fuld, Ludwig, Die unehelichen Kinder u. das B. G. B. 4. Jahrg. 1894. Die unehelichen Kinder nach dem Entwurfe eines B. G. B. in Allg. Jur. Zeit. 17. Jahrg. 1894.

Fraenkel, Das Familienrecht des B. G. B. Hannover 1898.

Gierke, Entwurf eines B. G. B. Leipzig 1889.

Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten nach Hellfeld II. T. II. Aufl. Erlangen 1800.

Gruchots, Beiträge des Deutschen Rechts 45. Jahrg. Berlin 1901.

Hinschius, Commentar zum Reichsgesetz 2. Aufl. 1876.

Haidlen, B. G. B. III. Stuttgart 1897.

Heimbach, in Weiske's Rechtslexikon Bd. 12.

Höpfner, Commentar über die Heineccischen Inst. 8. Aufl. Frankfurt a/M. 1818.

Hinrichsen, Die Legitimation durch nachfolgende Ehe im internationalen Privatrecht mit besonderer Rücksicht auf das heutige gemeine römische Recht. Inaug.-Diss. Göttingen 1894.

Holzschuher, Theorie u. Casuistik des gemeinen Civilrechts I. Band. Leipzig 1863.

Jahrbuch des Deutschen Rechts. 1. Jahrg. Berlin 1904.

Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und des deutschen Privatrechts Bd. 8, Bd. 29. Jena 1890.

Justiz-Ministerialblatt 36. Jahrg. für die preussische Gesetzgebung und Rechtspflege 1874.

Keller, Pand. Leipzig 1806.

Koch, Inaugural-Diss. Ist das vor der Eheschliessung koncipierte, in der Ehe geborene Kind ein eheliches oder legitimiertes? Breslau 1897.

Knitschky, Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kind. Berlin 1899.

Kollrack, Die Namen und Namensänderungen in Preussen. Berlin 1900.

Krückmann, Institutionen des B. G. B. III. Aufl. Göttingen 1901.

Kückhoven, Die römisch rechtlichen Grundsätze der legitimatio p. s. m. und ihre Anwendbarkeit im gemeinen Recht und B. G. B. Inaug.-Diss. Erlangen 1898.

Mackeldey, Lehrbuch des heutigen römischen Rechts I. Band. Giessen 1838.

Mandry Geib, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze 4. Aufl. Freiburg i. B. 1898.

Mühlenbruch, Lehrbuch der Pand. Halle 1844.

Motive zum Entwurfe eines B. G. B. f. d. deutsche Reich.

Matthiass, Lehrbuch des B. G. B. III. Aufl. Berlin 1900.

Müller, Das bürgerliche Recht II. B. München 1899.

Matthiae, Controversen-Lexicon des römischen Civilrechts. Leipzig 1856.

Neumond, Die Vaterschaftsklage u. d. B. G. B. Erlangen, Inaug.-Diss. Frankfurt a. M.

Opet, Das Verwandtschaftsrecht des B. G. B.

Posener Jurist. Monatsschrift 4. Jahrg. 1901. S. 21—24.

Puchelts Zeitschrift Band 32. Mannheim 1901.

Puchta, Vorlesungen über das heutige röm. Recht. Leipzig 1848.

Puchta, Pand. 10. Aufl. 1866.

Philler, Vorlesungen über das B. G. B. Leipzig 1899.

Planck, B. G. B. IV. Familienrecht. Berlin 1901.

Regelsberger, Pandekten. Leipzig 1893. Bd. 1.

v. Roth, System des deutschen Privatrechts IV. Th. Tübingen 1880.

Recht, 7. Jahrgang 1903 S. 3.

Rechtsverhältnisse des unehelichen Kindes v. Hirsch. Stuttgart.

Richter, Lehrbuch des kath. u. ev. Kirchenrechts 8. Aufl. Leipzig 1886.

Reichsgerichtsentscheidungen B. 5, 22, 30, 33.

Scheurl, Das deutsche Eherecht, Erlangen 1882.

Schneider, in der Zeitschrift f. Civilrecht u. Process. Giessen 1839. Bd. 12 No. 10.

Schweppe, Das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung 4. Ausg. Göttingen 1832.

Seuffert's Archiv f. civilistische Praxis.

Seuffert, Pandekten III. Bd. Würzburg 1852.

Sintenis, Das practische gemeine Civilrecht 3. Aufl. Leipzig 1869.

Steinitz, Die unehelichen Kinder und das B. G. B. in Brauns Archiv 1895.

Stryk, Usus modernus Pandectarum.

Spahn, Verwandtschaft und Vormundschaft nach B G. B. Berlin 1900.

Standesbeamte 24. Jahrg. 1898 S. 3—5.

Stobbe, Lehmann, Deutsches Privatrecht 4. Band. Berlin 1900.

Staudinger, Commentar z. B. G. B. IV. B. München 1899.

Thibaut, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts B. 1. Jena 1817.

Thibaut, Pandektenrecht 8. Ausg. Jena 1834. Bd. 1.

Ullersberger, Inaug.-Diss., Das Rechtsverhältnis der unehelichen Kindschaft n. B. G. B. n. code civil. Freiburg i. B.

Schirmer, Theodor, Handbuch des römischen Erbrechts. Leipzig 1863.

Vangerow, Pandekten 7. Aufl. Marburg u. Leipzig 1863.
Vogels, Inaug.-Diss., Zur gemeinrechtlichen Lehre von der Legitimation durch nachfolgende Ehe. Erlangen.
Wächter, Pandekten. Leipzig 1881.
Wenning-Ingenheim, Lehrbuch des gem. Civilrechts III. Band. München 1825.
Wilda, in der Zeitschrift f. deutsches Recht III. Leipzig 1840.
Windscheid, Pand. III. 8. Aufl. unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts. Frankfurt a. M. 1901.
Wolf, Die legitimatio per subsequens matrimonium nach justinianischem Recht. Braunschweig 1881.
Zeitschrift für französisches Civilrecht B. 4 Aufl. 2. Halle 1903.
Zeitschrift über Vollstreckungsrecht 11. Jahrg. S. 100—109.
Zeitschrift für rheinpreussische Amtsverwaltung Jahrgang 1900 S. 209—213.

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

A) Geschichtlicher Überblick, Begriff, Arten der Legitimation.

B) Voraussetzungen der legitimatio per subsequens matrimonium und per rescriptum principis unter Berücksichtigung des römischen, kanonischen, gemeinen Rechts und der Landesgesetze.

§ 1. Welche Kinder können durch legitimatio p. s. m. und p. r. p. legitimiert werden?

§ 2. Durften legitime Kinder vorhanden sein?

§ 3. Form der legitimatio p. s. m. und p. r. p.

§ 4. Ist Zustimmung des Kindes erforderlich?

§ 5. Ist Einwilligung des Vaters notwendig?

§ 6. Das Nichtvorhandensein eines legitimen Ehegatten.

C) Wirkungen der legitimatio p. s. m. und p. r. p. nach dem römischen, kanonischen, gemeinen Rechte und den Landesgesetzen.

§ 7. Die Wirkungen auf Seiten des Kindes und des Vaters.

D) Die Legitimation durch nachfolgende Ehe und die Ehelichkeitserklärung nach dem B.G.B.

§ 8. Die Legitimation durch nachfolgende Ehe
a) ihre Voraussetzungen,
b) ihre Wirkungen.

§ 9. Die Ehelichkeitserklärung
a) ihre Voraussetzungen,
b) ihre Wirkungen.

E) Schluss.

§ 10. Bestimmungen über das örtlich und zeitlich zuständige Recht.

Einleitung.

A) Geschichtlicher Überblick der Legitimation, Begriff und Arten derselben.

Weder das römische noch das deutsche Recht gewährte in den älteren Zeiten eine Möglichkeit unehelich geborenen Kindern die Rechtsstellung ehelicher Kinder zu verschaffen. Erst in der späteren römischen Kaiserzeit führte jedoch der Wunsch, die Umwandlung von Konkubinaten in rechtmässige Ehen zu befördern und diejenigen Kinder, die in diesen Verhältnissen geboren waren, den ehelichen gleichzustellen, zur Schaffung des Rechtsinstitutes der legitimatio p. s. m. Dieselbe stellt einen juristischen Akt dar, durch welchen uneheliche Kinder zu ihrem Vater in das Verhältnis ehelicher gebracht und seiner patria potestas unterworfen werden[1]).

Das Rechtsinstitut der legitimatio p. s. m. — der Ausdruck legitimatio ist den Quellen fremd[2]),

---

[1]) Keller, Pandekten S. 217.

[2]) Glück, Pand. B. 2, S. 280.

— verdankt seine Entstehung einer Verordnung Kaiser Constantins des Grossen. In der l. 5, C. 5, 27.

„Divi Constantini super ingenuis concubinis ducendis uxoribus sacratissimum constitutionem renovantes iubemus“ erklärt Kaiser Zeno ausdrücklich, dass er die Constantinische Konstitution erneuern wolle. Danach verordnet Constantin, dass nachfolgende Ehe zwischen dem Vater und der Concubine, falls sie eine ingenua war, die Kinder legitimieren und der Vater die patria potestas über dieselben erhalten solle. Doch war dieses von Zeno erneuerte Gesetz Constantins nur temporär. Die Wirkungen der darin gestatteten legitimatio p. s. m. wurden auch von ihm auf die in einem bereits bestehenden Konkubinate erzeugten Kinder beschränkt. Die Absicht dieser beiden Kaiser Constantin und Zeno war, den Konkubinat, welchen die Römer, seitdem solcher unter Augustus durch die lex Julia et Papia Poppaea eine erlaubte Verbindung war, aus mancherlei Gründen der rechtmässigen Ehe vorzogen, wenigstens zu schwächen, da sie denselben auf einmal abzuschaffen ganz unmöglich fanden. Zu diesem Zwecke suchten sie die römischen Bürger zur Eingehung rechtmässiger Ehen mit den Concubinen zu bestimmen.

Durch Kaiser Anastasius wurde in der l. 6. C. 5, 27 die zeitliche Beschränkung der legitimatio p. s. m. beseitigt, jedoch unter der Voraussetzung

der Errichtung von Eheverträgen[1]) (instrumenta dotalia) im Falle der Eingehung der Ehe, ferner die Zulässigkeit der legitimatio p. s. m. an das Nichtvorhandensein ehelicher Descendenz geknüpft.

Zwei Jahre später wurde die Anastasianische Verordnung vom Kaiser Justinus aufgehoben. Zwar legte er in der l. 7. C. 5, 27 seinem Gesetze keine rückwirkende Kraft bei; er traf jedoch für die Zukunft die Bestimmung, dass man nur durch legitime Ehe sich eine legitime Nachkommenschaft erwerben könne, als wäre das Gesetz des Anastasius gar nicht erlassen worden (ac si praedicta constitutio lata non esset. c. 7 eod.).

Justinian endlich beseitigte die von Justinus getroffenen Bestimmungen und brachte durch die l. 10. C. 5, 27, woran sich l. 11. C. eod., ferner nov. 74 und nov. 89 c. 8 anschlossen, die legitimatio p. s. m. zur vollen und dauernden Geltung. Er erleichterte den Weg der Legitimation nicht nur dadurch, dass er bei den Ehen der römischen Bürger die Standesunterschiede aufhob, sondern die legitimatio p. s. m. als eine beständige und zu jeder Zeit gültige Art der Legitimation einführte, welche sich auch auf die noch im künftigen Kon-

---

[1]) Diese Vorschrift hing offenbar mit dem Streben zusammen, für die Verwandlung des Concubinats in eine Ehe ein jeden Zweifel in dieser Richtung ausschliessendes Beweismittel zu gewinnen. (Seuffert XXVIII 36.)

kubinat zu erzeugenden Kinder erstrecken sollte. (l. 10. c. 5, 2.)

Gleichfalls von Justinian aufgenommen ist die von Theodosius II. stammende legitimatio per oblationem curiae[1]), wonach der Vater seinen filius familias naturalis zu dem lästigen und gefürchteten Amte eines decurio hergab und seine filia naturalis an einen decurio verheiratete. (Nov. Theod. de bon decur. L. 3. 4. C. de. nat. lib. 5, 17.)

Endlich führte Justinian, wenn die Ehe mit der Concubine wegen Tod oder aus anderen Gründen nicht möglich oder unpassend erschien und keine ehelichen Deszendenten vorhanden waren die legitimatio per rescriptum principis[2]) ein und zwar auf Antrag des Vaters, wenn dieser aber gestorben ist und im Testament erklärt hat, dass er die Legitimation seiner naturales wünsche auch auf Antrag dieser Kinder oder der Mutter. (Nov. 74 c. 2 § 1. Nov. 89 c. 10.) Die letztere ist die sogenannte legitimatio per testamentum über die im Einzelnen vieles bestritten ist[3]).

Manche nehmen nach Nov. 117 c. 2 noch eine vierte Art der Legitimation an, nämlich die legitimatio per nominationem filii. Allein in jener

[1]) Wunderlich, de legitimatione p. obl. curiae lib. sing. Jenae 1759 (in Glück Pand. V. Bd. 2 S. 265. Erlangen 1791.

[2]) Nov. 74 c. 1. 2. Nov. 89 c. S.

[3]) Marezoll Zeitschrift für Civ. u. Process I S. 78 ff. Dagegen Vangerow Pand. § 256 Anm. 2.

Novelle ist von keiner Legitimation, sondern nur von Präsumptionen die Rede [1]).

Auf diese Weise wurde für die Legitimation im römischen Rechte eine feste dauernde Grundlage geschaffen.

In Deutschland ist die legitimatio per subsequens matrimonium und per rescriptum principis dem römischen und kanonischen Rechte folgend, erst im 13. Jahrhundert eingeführt worden. Im Sachsenspiegel und im sächsischen Recht war sie noch nicht erwähnt, wohl aber im Schwabenspiegel, der mehr durch das kanonische Recht beeinflusst ist. Die unehelichen Kinder erlangten dadurch die Stellung ehelicher, dass sie von der Mutter bei der Einsegnung der Ehe in die Kirche mitgenommen und mit einem Mantel bedeckt wurden (sogenannte Mantelkinder [2]) oder durch kaiserliches Reskript (per rescriptum principis [3]). In zahlreichen Privilegien

---

[1]) Jordens l. c. Diss. 5 § 1. 2.

[2]) Weiske, Rechtslexikon S. 25.

Eine andere Benennung ist für die per subseq. matr. legitimierten Kinder Buchkinder. Sie rührt von der ehemaligen Sitte her, die Kinder bei der Trauung mit unter das Buch zu nehmen. Haltaus Glossar p. 191. Grupen, von Mantelkindern § 14 S. 287.

[3]) Eine besondere Art durch Erklärung des natürlichen Vaters vor dem König oder Richter (die Echtigung zu Dinge) offenbar ein Rest altgermanischen Rechts kennt der jütische Low und ist dieselbe in den dänischen Provinzen Schleswigs noch praktisch; siehe Kieler Bericht fol. 227. Justiz-Ministerialblatt 36. Jahrgang.

liessen die Kaiser das letztere Legitimationsrecht durch gewisse Beamte, sogenannte Pfalzgrafen, ausüben und verliehen es, wie fast alle Reservatrechte, den Landesherren[1]).

Die Legitimatio p. r. p. trat in Deutschland entweder als legitimatio plena auf, so dass die Kinder auch familien- und erbrechtliche Stellung ehelicher Kinder erhielten oder als legitimatio minus plena sive ad honores, so dass von ihnen nur der Makel unehelicher Geburt getilgt wurde, weshalb sie unfähig waren, in Gilden oder Zünfte aufgenommen zu werden und keine Rechte und Pflichten ehelicher Kinder erlangten.

Von der legitimatio per oblationem curiae konnte in Deutschland nicht die Rede sein, da es ein den Dekurionen entsprechendes Amt nicht gab. Trotzdem versuchten die Mönche im Mittelalter, ihren Klöstern das Ansehen himmlischer Kurien zu geben, indem sie behaupteten, dass ein uneheliches Kind, welches die Eltern dem Klosterleben gewidmet hätten, hierdurch ebenso, wie per oblationem curiae

---

[1]) Dernburg, Pandekten S. 55. Die Würde eines Comes Palatinus wurde 1672 dem berühmten Pandektisten Samuel Stryck verliehen.

Auch die Juristenfakultäten zu Marburg und Heidelberg übten durch ihre Dekane das Legitimationsrecht aus. S. Heilfron, Deutsche Rechtsgeschichte S. 690.

legitimirt werde. Das Lächerliche dieser Meinung sahen selbst Kanonisten ein[1]).

Unter den einzelnen Partikularrechten kennt das Allg. L. R. verschiedene Arten der Legitimation. Praktisch wichtig sind nur die durch nachfolgende Ehe und die durch Antrag bei Hofe. Erstere gewährt dem legitimierten Kinde mit dem Moment des Abschlusses der Ehe die Rechte und Pflichten eines ehelichen Kindes. Die letztere, welche bei ehelichen Kindern durch den König selbst, sonst durch den Justizminister erfolgt, gibt die vollen Rechte nur dem Vater gegenüber; die Aufnahme in die Familie muss noch durch Familienvertrag geschehen.

Die Legitimation durch richterlichen Ausspruch und die durch gerichtliche Erklärung des Vaters sind durch das Ges. vom 24. 4. 1854 aufgehoben worden.

Code civil und das Badische L. R. führen nur die Ehelichmachung des unehelichen Kindes p. s. m. auf und zwar dürfen die Kinder nicht im Ehebruch und Blutschande erzeugt sein. Diese Beschränkung wird in den Motiven auf die im gemeinen Recht verworfene fictio retrotractiva zurückgeführt, wonach die Eltern zur Zeit der Geburt des Kindes in gültiger Ehe mussten gelebt haben können; den ehelich gemachten Kindern werden die gleichen Rechte

[1]) In Glück Pand. S. 309. Covarruvias de matrim. Part. II b 8 § 7 u. 6. Etwas unhöflich schreibt Thomasius in Diss. de usu pract. doct. Inst. de legitimatione c. 2 § 7 not. c. non nisi inepte monasteria vocari curias coelestes cum sininut tilium terrae ponderum.

erteilt als wären sie aus dieser Ehe geboren. Dagegen ist ein legitimatio p. r. p. nicht anerkannt.

Das Österreichische Allg. B. G. B. hat drei Arten der Legitimation durch Hebung des Ehehindernisses oder schuldlose Unwissenheit der Ehe für Kinder, welche aus einer ungültigen Ehe abstammen, durch nachfolgende Ehe und durch Begünstigung des Landesherrn. Die beiden ersteren gewähren die vollen Rechte, nur sollen den bereits vorhandenen ehelichen Kindern das Recht der Erstgeburt und andere bereits erworbenen Rechte nicht entzogen werden; die letztere wirkt nur dem Vater gegenüber.

B) Voraussetzungen der legitimatio per subsequens matrimonium und per rescriptum principis unter Berücksichtigung des römischen, kanonischen, gemeinen Rechts und der Landesgesetze.

§ 1.

Welche Kinder können durch legitimatio p. s. m. und p. r. p. legitimiert werden?

Die herrschende Lehre nahm von jeher an, dass nach römischem Recht die legitimatio per subsequens matrimonium nur bei Konkubinenkindern habe vorkommen können, wie es aus der l. 5, C. 5, 27

„super ingenuis ducendis uxoribus", „si voluerint eas uxores ducere, „quae antea fuerant

concubinae", „necdum prolem aliquam ex ingenuarum concubinarum consortio meruerunt", quos ex ingenua irasci voluerint" zu entnehmen ist. Der Grund hierfür war einerseits, dass die Kaiser durch Einführung der legitimatio p. s. m. den Konkubinat indirekt abschaffen wollten, andererseits sollte die legitimatio p. s. m. eine Wohltat für den Vater sein, damit er dadurch die patria potestas über seine unehelichen Kinder erlangte. Da aber die Gesetze denjenigen, die contra leges handeln, keine Wohltaten zu erweisen pflegen, so müssen demnach die incestuosi, adulterini und vulgo quaesiti, spurii nach römischem Rechte von der legitimatio p. s. m. ausgeschlossen sein. Was den eben erwähnten Grund anbelangt, dass die Legitimation p. s. m. eine Wohltat für die Väter sei [1]), so ist derselbe nicht als zutreffend anzusehen. Denn Justinians Einschränkung der legitimatio p. s. m. auf Konkubinenkinder ist weniger in der Wohltat für die Väter als vielmehr in dem Interesse und Mitleid, welches der Kaiser nur für diese Kinder empfand, zu suchen [2]). Wie sehr der Kaiser den Konkubinenkindern zugetan war, geht ferner aus der Nov. 18. c. 5. und Nov. 89. c. 12. hervor, wo er Konkubinenkindern, nicht aber anderen spurii ein Intestaterbrecht gewährte. Auf solches Interesse konnten die spurii, zu-

---

[1]) Dieck a. a. O. Schrader, Höpfner Inst.

[2]) Wolf, Beiträge zur Lehre von der l. p. s. m.

mal sie sine patre waren, keinen Anspruch erheben.

Hinsichtlich der von der herrschenden Meinung angenommenen Lehre, dass die Legitimation sich nur auf die im Konkubinate erzeugten Kinder bezöge, haben Reitz und Witte[1]) behauptet, dass im römischen Recht diese Bestimmung auf alle unehelichen Kinder angewendet worden sei, welche von einem bestimmten Vater, aber nicht in einem nefarius incestus und damnatus complexus erzeugt worden seien. Die beiden Schriftsteller weichen hinsichtlich der Zeit jener Neuerung von einander insofern ab, als Reitz dieselbe schon vor Justinian setzt, Witte hingegen annimmt, dass sie erst unter diesem Kaiser entstanden sei.

Reitz stützt seine Meinung darauf, dass unter dem Ausdruck liberi naturales eigentlich und früher Konkubinenkinder, später auch diejenigen Kinder verstanden worden seien, welche der Vater pro suis i. e. ex se natis anerkannt habe. Zum Beweise beruft er sich auf 3 Constitutionen (L. 3 Th. C. IV. 6. L. 1 C. V. 27. L. 4. Th. C. IV. 6. L. 7. C. V. 27), die insofern keinen stichhaltigen Beweis bieten als der Ausdruck liberi naturales nach L. 7 Th. C. IV. 6 von Theodosius II. und Valentinian III. dahin gesetzlich festgestellt wurde, dass er sich sowohl auf Konkubinenkinder als auch mit Sklavinnen erzeugte Kinder bezieht.

[1]) Schneider in Lindes Zeitschrift für Civilrecht und Praxis Bd. 12, S. 82 ff.

Reitz's Widerspruch hat aber nirgends Eingang gefunden und ist von den meisten Rechtsgelehrten, namentlich aber von Schneider in einer überzeugenden Weise widerlegt worden[1]). Desgleichen die Ausführungen Witte's, auf die wir jetzt unser Augenmerk richten wollen.

Witte stützt sein Hauptargument darauf, dass die byzantinischen Griechen ausser den in den iustis nuptiis erzeugten Kindern, die Kinder in φυσικοὶ παῖδες, Konkubinenkinder, νόθοι ohne Konkubinat von einem bestimmten Vater in einem ausschliesslichen Geschlechtsumgange erzeugten Kinder und σκότιοι, vulgo quaesiti eingeteilt hätten und dass Justinian dieser Terminologie völlig angemessen überall da, wo er von wahren Konkubinenkindern spreche, wie z. B. Nov. 18 c. p. von φυσικοὶ spreche, überall, wo er von der legitimatio spreche, das Wort νόθοι erwähne.

Die Ansichten Witte's rühren von einem Scholium (zu Harmenopul. Prochiron V 8 § 66 in Meermann Thes. VIII 298 Not. 114) her, einem Werke zweifelhaften Ursprungs, welches weiter nichts ist als ein Stück aus des Matthaeus Blastares im Jahre 1335 geschriebenen Syntagma und wie Schneider festgestellt hat von einem Schriftsteller herrührt, der sich grober Versehen bei der Erklärung von juristischen Ausdrücken

[1]) Schneider in Lindes Zeitschrift für Civilprocess und Praxis. Beiträge zur Lehre von der väterlichen Gewalt.

schuldig gemacht hat und deshalb um so weniger zur Richtschnur dienen kann.

Die völlig gleiche Bedeutung der Ausdrücke παῖς φυσικὸς und νόθος bei Justinian ergibt sich zweifellos daraus, dass er mehrere Male in ein und demselben Gesetze abwechselnd den einen oder den anderen Ausdruck bei der nämlichen Rechtsbestimmung gebraucht. Dies zeigt sich zur Genüge in der Nov. 89 und 74, wo er zuerst von der legitimatio per rescriptum principis spricht und sich hierbei des Ausdrucks νόθοι bedient, an einer anderen Stelle von der legitimatio per testamentum spricht, den Ausdruck φυσικοὶ παῖδες anwendet, ferner in der Nov. 89 c. 12, wo er die Mutter der φυσικοὶ παῖδες und νόθοι mit παλλακὴ bezeichnet. Noch bestimmter geht die ganz gleiche Bedeutung beider Ausdrücke aus cap. 14 desselben Gesetzes hervor, wo er die unehelichen Kinder bald νόθοι bald φυσικοὶ nennt. Ein evidenter Beweis, dass unter diesem Ausdruck nur Konkubinenkinder gemeint werden konnten und wir deshalb der Ansicht Schneider's zustimmen müssen.

Es ist noch die Frage zu erörtern, ob die Legitimation bei Sklavenkindern möglich gewesen sei.

Nach der gewöhnlichen Lehre wurde bei jeder Legitimation fingiert, als ob das legitimierte Kind in rechtmässiger Ehe erzeugt sei (fictio simplex), bei der legitimatio per subsequens matrimonium wurde ausserdem fingiert, als ob schon zur Zeit der Geburt des Kindes, ja sogar schon zur Zeit der Konzeption

derselben eine rechtmässige Ehe stattgefunden habe[1]). Ist also damals die Ehe unmöglich gewesen, so konnte von einer legitimatio p. s. m. nicht die Rede sein. Es ist aber ganz irrig[2]), wenn manche behaupten, dass sich nur aus einer solchen Fiktion erklären lasse, weshalb Constantin eine legitimatio p. s. m. bei Kindern, die in einer verbotenen Verbindung mit einer Sklavin erzeugt waren, nicht zugelassen habe, vielmehr ist der Grund jener Constantinischen Beschränkung lediglich in dem einzigen Zwecke des Kaisers zu suchen, durch die legitimatio p. s. m. dem Konkubinat entgegenzuwirken und unanständige Verbindungen mit niederen Weibern zu verhindern[3]).

Es ist also deshalb gar nicht unwahrscheinlich, dass Constantin die mit einer Sklavin erzeugten Kinder deshalb von der legitimatio p. s. m. ausgeschlossen hatte, weil er überhaupt nicht wünschte, die Ehe des Herrn mit seiner gewesenen Sklavin zu befördern[4]).

Aus diesen Gründen konnte also die legitimatio p. s. m. zur Zeit Constantins den im contubernium erzeugten Kindern nicht zu statten kommen.

Der ganze Streit über diese fictio retrotactiva war also unnütz, denn erstens ist sie in keinem

---

[1]) Glück, Pand. II. S. 286 ff.

[2]) Vangerow, Pand. I. 7. Aufl. § 254 Anm. 1.

[3]) Heineccius ad. l Jul. et Pap. Popp. p. 137.

[4]) Thibauts Versuche 182. Wolf a. a. O. S. 37.

Legitimationsgesetze erwähnt, zweitens hat Justinian die Bestimmung betreffend die Legitimation der Sklavenkinder einer Änderung unterworfen, indem er in Nov. 18 c. 11 „si quis — ad ancillam propriam habuerit quandam meliorem sententiam ..... die legitimatio p. s. m. in der dauernden Verbindung eines freien und unverheirateten Mannes mit seiner Sklavin gestattete, jedoch dieselbe an eine ganze Reihe erschwerender Bedingungen knüpfte.

„si quis uxorem non habens legitimans aut filios legitimos libertate honoraverit et ancillam et natos et ius eis aureorum anulorum et regenerationis et inter ingenuos secundum istos reduxerit modos."

Diese Bestimmungen erfuhren aber durch die Nov. 78 c. 4 insofern eine Erleichterung, als die legitimatio per subsequens matrimonium entweder an die Freilassung der Mutter unter Errichtung der instrumenta dotalia bei ihrer Heirat geknüpft war oder die freigelassenen Kinder für die Kurie bestimmt wurden [1]).

Wie bei der legitimatio per subsequens matrimonium nur Konkubinenkinder legitimiert werden konnten, so auch bei der legitimatio per rescriptum principis. Die adulterini, incestuosi und spurii waren gleichfalls ausgeschlossen per rescriptum legitimiert zu werden. Denn die römischen Gesetzgeber empfanden einerseits Hass gegen einen derartigen Beischlaf, andrerseits ahndeten sie derartige

[1]) Nov. 18 c. 11. Nov. 38 c. 2 § 1. Nov. 89 c. 2 § 3.

Verbindungen als Verbrechen mit Strafe, weshalb sie auch den Kindern nicht einmal den Ausdruck naturales liberi gönnten. Nov. 74 c. 6. ..... „Illi enim, qui e nuptiis nobis plane uxoris et propterea prohibitis nascuntur, nec sunt naturales vocandi." Dagegen ist in Nov. 89 mit vollkommener Deutlichkeit entschieden, dass die legitimatio per oblationem curiae bei allen unehelichen Kindern zulässig sein solle. (c. 1. pr. c. 2 199.[1])

Aus diesem geschichtlichen Überblick erkennen wir, dass in den ersten Anfängen der kulturellen Entwicklung der Völker die Lage der unehelichen Kinder durchaus keine günstige gewesen ist, da die Legitimation sich lediglich auf Konkubinenkinder bezog, während die übrigen Kinder davon ausgeschlossen waren; dass aber je mehr die Gesetzgebung fortschritt, immer mehr der Gedanke rege wurde, Fürsorge für die armen Geschöpfe zu tragen. Um diesen Zweck zu erreichen, strebten die späteren Gesetzgebungen danach, die Legitimationsfähigkeit allen unehelichen Kindern zuteil werden zu lassen. Das letztere geschah durch das kanonische Recht, welches sich dazu berufen fühlte, die Erweiterung der legitimatio p. s. m. und p. r. p. auf alle unehelichen Kinder zu erstrecken, nachdem der Konkubinat durch Leo den Weisen in der Nov. 91 gänzlich abgeschafft worden war. Die Gründe, aus welchen gerade dieses Recht eine

[1]) Windscheid, Pand. III. B. 8. Aufl. § 522 Anm. 2.

solche Erweiterung sanktionierte, sind in der Verwerflichkeit des Konkubinats seitens desselben und den Vorteilen, welche den Konkubinenkindern vor anderen unehelichen Kindern nach römischem Recht eingeräumt wurden, zu suchen. Sodann wirkte auch noch die Sakramentaleigenschaft der Ehe, welche die Legimität der vor derselben von den Ehegatten miteinander erzeugten Kinder als eine notwendige von selbst eintretende Folge der Ehe erscheinen liess.

Die Legitimation der spurii und vulgo quaesiti war von der Kirche im 12ten Jahrhundert ausgesprochen und wurde seitdem von den Juristen und in der Praxis im allgemeinen anerkannt [1]).

Was die incestuosi anbelangt, so konnten dieselben nach kanonischem Recht die Legitimationsfähigkeit nur dann erlangen, wenn die Ehe zwischen ihren Eltern durch Dispensation zugelassen werden konnte, wie dies aus cap 6 X qui filii sint legitimi 4, 17 zu ersehen ist.

Hinsichtlich der adulterini besteht die an die Constitutio Tanta anknüpfende berühmte Streit-

[1]) Panormitanus in lib. Decret. qui filii sint legitimi c. Tanta c. Nr. 12. Rolandinus de Passageriis de success. ab intestato Nr. 30. Ein Legitimationsreskript von Konrad IV., welches sich auf die spurii bezieht bei Goldast. Statuta et rescripta imperatoris T. III 398.

frage, ob sie der Wohltat der Legitimation teilhaftig werden können[1]).

Die einen[2]) nehmen an, dass die Legitimationsfähigkeit gegen Gesetz des Rechtes verstosse und sich mit dem öffentlichen Anstande nicht vertrage und auf die Familie des Vaters, insbesondere auf die rechtmässigen Kinder des letzteren Rücksicht genommen werden müsse. Diese Behauptung ist aber wegen ihrer Allgemeinheit unhaltbar.

Andere hinwiederum stützen sich auf die vom Jahre 1172 bekannte Decretale des Papstes Alexanders III. c. 6 X qui filii sint legitimi, welche folgendermassen lautet:

„Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur. Si autem vir, vivente uxore sua aliam cognoverit et ex ea prolem susceperit; licet post mortem uxoris eandem duxerit; nihilominus spurius erit filius, et ab hereditate repellendus; praesertim si in mortem uxoris prioris alteruter eorum aliquid fuerit machinatus."

Und zwar erhellt der Grund dieser, die liberos adulterinos betreffenden Ausnahmen aus dem, dem

---

[1]) Dies bezweifeln Schrader, Abhandl. aus dem Civilrecht No. 1, Madihn, princ. in P. P. v. § 5, Berardus, in comm. in ius eccl. T. 3. diss. 6 qu. 2 p. 176 gestützt auf Cap 6 x qui fil. sint legit.

In Widerspruch mit Schott Eherecht § 18,7 Stryk usus mod. lib. 1. 6 § 12. Glück P. B. 2 S. 256.

[2]) Puchta § 400. Scheurl, Eherecht S 264.

Ausspruch Alexanders III. beigefügt gewesenen und nur von Gregor IX. in seiner Sammlung nicht aufgenommenen Satz: quoniam inter se legitimum matrimonium contrahere non potuerunt[1]). Mit Recht sagt daher Dieck, Papst Alexander geht von dem sehr richtigen Grundsatz aus, dass eine notwendige Wirkung des Ehesakraments die Legitimation der schon vor der Ehe erzeugten Kinder sei. Diesen Satz zu beschränken kam ihm nicht in den Sinn, und hätte er es auch gewollt, so würde er es doch nicht gekonnt haben, weil die Legitimation d. n. E. nach dem Grundsatze der katholischen Kirche göttlichen Rechtes sei. Alexander habe also bei den Adulterinen keineswegs eine Ausnahme machen wollen. Darum spreche er die Wohltat der Legitimation diesen Kindern gar nicht als Adulterinen ab, sondern wie der Schlusssatz seines Reskripts unzweideutig genug bezeuge, bloss deshalb, weil nach der Regel des damaligen Rechts ihre Eltern im allgemeinen einander gar nicht heiraten dürfen. Schon hieraus folge, dass, wenn von dieser Regel durch eine dagegen ausgewirkte Dispensation eine Ausnahme zugelassen worden sei, kraft der dann gültig erfolgten Ehe des Ehebruches, nach Alexanders Dafürhalten, auch die Adulterinen haben legitimiert werden müssen. Dafür aber, dass Gregor IX. durch Weglassung des Satzes quoniam inter se legitimum

[1]) Dieck a. a. O. S. 227, 232, 233, 236—239. Glück Comment. Bd. 2 S. 255. Vangerow Pand. 7. Aufl. 2. Bd. S. 473.

matrimonium contrahere non potuerunt (Dieck S. 227, 232, 233, 236—239. Glück Com. Bd. 2 S. 255. Vangerow Pand. 7. Aufl. Bd. 1 S. 473.) die Unstatthaftigkeit der Legitimation der adulterini durch nachfolgende Ehe auch für die Fälle des subsequens matrimonium licitum der Eltern habe aussprechen, den Satz des Alexander also habe über seinen ursprünglichen Sinn ausdehnen wollen, liegen keine zureichenden Gründe da. Für das Gegenteil beruft sich Dieck auf den inneren Zusammenhang des matrimonium legitimum und der legitimatio, auf die Erwägung, dass die Ehe für die schon von ihr erzeugten Kinder die volle Wirkung der legitimen Geburt kraft göttlichen Rechtes mit sich führe, daher die Legitimation durch n. E. keine geringere, vielmehr stärkere Wirkung, als die nur auf menschliche Autorität sich stützende, aus dem römischen Recht stammende und in c. 13 X 4, 17 qui filii sint legitimi auch für die adulterini zugelassene l. p. r. p.[1]) und endlich auf die Paradoxie der entgegengesetzten Ansicht, wonach zwar die Ehebrecher selbst, welche nach damaliger Auffassung sich eines der schwersten, kirchlichen und bürgerlichen Vergehen schuldig gemacht haben[2]), sollen einander heiraten können und dann die sämtlichen kirchlichen und bürgerlichen Vorteile der legitimierten Ehe sollen geniessen dürfen, ihre schuld-

[1]) Dieck a. a. O. 207—217, 25 Note 24. S. 213, 214, 216.

[2]) Dieck a. a. O. 151, 218.

losen Kinder hingegen diejenigen Rechte sollen entbehren müssen, welche die später erfolgte Ehe der Eltern nach kanonischen Grundsätzen für die vor der Verehelichung erzeugten Kinder sonst im allgemeinen schon von Rechts wegen erzeuge.

Zur Zeit Alexanders III. war also die Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin sowohl nach kirchlichen Satzungen[1]) als auch nach römischen Grundsätzen[2]) verboten, am wenigsten wurde sie aber geduldet, wenn der ehebrecherische Gatte nach dem Leben des unschuldigen Gatten trachtete. Und auch Papst Alexander III. ist diesen Grundsätzen treu geblieben, was aus seiner Verordnung im cap. 1 X de eo, qui duxit in matrimonium quam polluit per adulterium deutlich hervorgeht.

Jedoch ist unter Innocenz III. im J. 1198 das ehemalige ganz allgemeine Eheverbot zwischen Ehebrechern auf zwei Fälle eingeschränkt worden, nämlich 1) wenn die Ehebrecher noch bei Lebzeiten des unschuldigen Ehegattens sich die Ehe versprochen hatten, 2) wenn der eine oder der andere oder beide gemeinschaftlich dem unschuldigen Ehegatten nach dem Leben getrachtet hatten.

In allen übrigen Fällen kann nach dem neueren kanonischen Recht der ehebrecherische Ehegatte seinen Mitverbrecher heiraten und eine solche Ehe

[1]) Can. 1. Caus XXVI. Can. 4. 5. Caus XXX. qu. 1.

[2]) L. 27. Cod. ad. L. Jul. de adult. Nov. 134 c. 12.

ist gemäss der Verordnung Innocenz III. ein matrimonium legitimum [1]).

Daraus folgt, dass in den Fällen, wo die Ehe zwischen Ehebrechern zulässig ist, auch die adulterini nach neuerem kanonischen Recht legitimiert werden können, was vor allem wie eben erwähnt, Dieck in seiner Abhandlung „Beiträge zur Lehre von der Legitimation durch nachfolgende Ehe in rechtshistorischer Weise nachgewiesen hat und durch eine grosse Zahl Spruchkollegien und Gerichten in Deutschland beginnend vom Jahre 1617 und endigend mit dem Jahre 1832 begründet hat. Gleiche Entscheidungen sind vom Oberappellationsgericht Jena im Jahre 1845, vom Oberappellationsgericht Celle im Jahre 1846, vom Oberappellationsgericht Wiesbaden im Jahre 1853, vom Oberappellationsgericht Oldenburg im Jahre 1865 und vom Oberappellationsgericht Dresden [2]) ergangen.

Dass incestuosi und adulterini gleichfalls durch legitimatio per rescriptum principis legitimiert werden konnten, steht ohne Zweifel fest [3]).

---

[1]) C. 6. XIV. 7.

[2]) Seuff, Arch. 1 Nr. 352, Bd. 5. 188, Bd. 13. 43, Bd. 15. Nr. 227, Bd. 18. Nr. 261. Annalen des O. A. G. Dresden Bd. 5 S. 279. Vangerow Bd. 1 S. 473. Dernburg Pand. Bd. 3 S. 57 Anm. 7.

[3]) Cap. 13 X qui fil. sint legit. Glück Pand. II S. 292. Höpfner Inst. § 487. Stryk usus modernus Pandectarum lib. I Tit. VI § 15.

Da der Konkubinat in Deutschland keine Aufnahme gefunden hatte, so erstreckte sich die legitimatio p. s. m. und p. r. p. wie im kanonischen Recht auf alle unehelichen Kinder. So konnten auch die adulterini, seitdem das Eheverbot wegen Ehebruchs kein absolutes mehr war, legitimiert werden[1]).

Dass auch die legimatio p. s. m. von den in Blutschande geborenen Kindern im gemeinen Recht stets zulässig gewesen ist, unter der Voraussetzung, dass die Ehe im Wege der Dispensation gestattet wurde, ist im allgemeinen anerkannt[2]).

Eine grosse Anzahl neuerer Juristen[3]) hat sich auch für diese Meinung ausgesprochen, ebenso hat die Praxis[4]) der Gerichte vielfach in diesem Sinne entschieden.

Nach neuestem gemeinen Recht können die incestuosi dagegen nicht legitimiert werden, weil von dem Eheverbote zwischen Blutsverwandten nicht dispensiert werden kann nach Reichspersonenstandsgesetz vom 6. II. 1875 § 33 Nr 1—4. Auch

[1]) Arndts § 421 Anm. 1. Vangerow S. 472. Dieck Beiträge S. 143 ff. 240 ff. Wolf a. a. O. S. 50.

[2]) Vangerow Pand. I S. 472. Glück P. II S. 296. Wolf a. a. O S. 54.

[3]) Windscheid II § 522 Anm. 3. Glück Pand. S. 292 Vangerow Pand. I. S. 472. Baron S. 627.

[4]) Seuffert Archiv Bd I Nr. 352, Bd. V Nr. 188. Bd. XIII. 43, Bd. XV 227, XVIII 261, Bd. XXII 245, Bd. XXV 137, Bd XLII 275.

ist nach dem eben erwähnten Gesetz die Ehe zwischen Ehebrechern verboten, jedoch ist im Falle Nr. 5 des § 33 Dispensation zulässig.

Ob incestuosi und adulterini nach gemeinem Recht per rescriptum principis legitimiert werden können, ist bestritten. Während die eine Ansicht die Frage unbedingt bejaht, eine andere verneint[1]), geht eine dritte Ansicht davon aus, dass die Legitimation in Ansehung dieser Kinder soweit zulässig sei, als auch die Legitimation durch nachfolgende Ehe möglich wäre. Der ersteren Ansicht ist wohl der Vorzug zu geben, zumal auch die gemeine Praxis in Anlehnung an die Grundsätze des kanonischen Rechts insbesondere cap. 13 X qui. fil. sint legit. anfänglich mit der unpraktischen Wirkung der Tilgung des Makels unehelicher Geburt, dann mit der Wirkung der Begründung väterlicher Gewalt in demselben Sinne sich ausgesprochen hat[2]).

Die schon im gemeinen Recht eben erörterte Kontroverse, ob die Legitimation durch nach-

---

[1]) Trütschler Anweisung zur Abfass. rechtl. Auff. Th. 1 S. 302. Madihn princ. jur. civ. P. 5 § 5. Puchta Vorles. II § 440. Puchta verneint diese Frage mit dem Bemerken, dass die Ausdehnung der Zulässigkeit der Legitimation auf diese Art unehelicher Kinder, weil eine öffentliche Unanständigkeit, gegen den Geist des Rechtes verstosse. Im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich IV. Buch Vorlage des Redaktors Begründung B. 2.

[2]) Seuffert III 65, XIII 42, XIV 239. Glück P.S. 290. Höpfner Jnst. § 487.

folgende Ehe sich auf alle Kinder erstrecke, oder ob adulterini und incestuosi auszuschliessen seien, entschied das Allgemeine Landrecht II § 596 in Anlehnung an das gemeine Recht und in Übereinstimmung mit diesem das württembergische Recht[1]) und das österreichische Gesetzbuch § 161, das sächsische Gesetzbuch § 1780 dahin, dass auch solche uneheliche Kinder legitimiert werden können, soweit die Eheschliessung zwischen den Eltern rechtlich möglich ist.

Dagegen beschränkt das bayrische Landrecht I 5 § 8 Nr. 3 die Legitimation durch nachfolgende Ehe im Anschlusse an das römische Recht auf liberi naturales, welche nicht ex damnato coitu hervorgegangen sind.

Nach französischem Rechte dagegen (code civil Art. 331) können in Konsequenz des Grundsatzes la recherche de la paternité est interdite und im Einklange mit den Bestimmungen über die Anerkennung natürlicher Kinder (Art. 334, 342) nur anerkannte natürliche Kinder Art. 331. les enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin, pourront être, légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux – çi les auront légalement reconnus avant leur mariage, ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de célébration"

[1]) Seuffert XXII 245 Jahrb. der württembergischen Rechtspflege VI Tübingen 1894 S. 106 ff.

legitimiert werden; den in Ehebruch und Blutschande erzeugten Kindern ist jedoch die Legitimationsfähigkeit unbedingt versagt. Im sächsischen Gesetzbuch § 1786 ist die Legitimationsfähigkeit der in Ehebruch erzeugten Kinder ausdrücklich anerkannt. Dagegen fehlt es in Ansehung der in Blutschande erzeugten Kinder.

Der Code civil lässt keine Legitimation ausser durch nachfolgende Ehe zu. Auch in preussischem Landrecht war es streitig, ob die Legitimation durch Reskript in solchen Fällen zulässig sei, in welchen die Eltern des Kindes wegen eines entgegenstehenden Verbotgesetzes sich nicht heiraten können, also namentlich dann, wenn das Kind in Ehebruch oder Blutschande erzeugt war. Der Wortlaut des preussischen A. L. R. II 2 § 601 und die Erwägung, dass dasselbe keinen Unterschied zwischen verschiedenen Arten unehelicher Kinder mache, scheint für die Zulässigkeit der Legitimation zu sprechen [1]). Im sächsischen Gesetzbuch ist die Legitimationsfähigkeit der im Ehebruch erzeugten Kinder ausdrücklich anerkannt. Dagegen fehlt es in Anschung der in Blutschande erzeugten Kinder an einer besonderen Bestimmung. Der § 1783 des sächsischen Gesetzbuches unterscheidet nicht zwischen verschiedenen Arten unehelicher Kinder. Indessen wird auch für das sächsische Recht die Ansicht vertreten, dass nach allgemeinen Grund-

[1]) Motive IV, S. 939.

sätzen die Legitimation durch Reskript insoweit ausgeschlossen sei, als ein indispensables Eheverbot entgegenstehe. Nach bayrischem L. R. T. I. C. V. § 9 erstreckt sich die Legitimation durch Reskript auf alle Arten von unehelichen Kindern [1]),

§ 2.

Durften legitime Kinder vorhanden sein?

Das Vorhandensein legitimer Kinder war in der vorjustinianischen Zeit als ausdrückliches Hindernis einer späteren legitimatio per subsequens matrimonium in der l. 5 C. 5, 27.

„quibus nulla videlicet uxor est, nulla ex iusto matrimonio proles suscepta" und in der l. 6, C. 5, 27.

„eos quibus nullis legitimis liberis" aufgenommen worden. Die legitimatio p. s. m. war somit durch das Nichtvorhandensein ehelicher Kinder bedingt [2]).

In der l. 10 und l. 11 cit. des Justinian finden wir hierüber keine Auskunft, so dass wir annehmen müssen, dass der Kaiser keinen Wert darauf legte, ob vor der Zeit, wo die Konkubine geheiratet wird, bereits Kinder aus einer vorher begründeten, nun aber getrennten, rechtmässigen Ehe dem pater legitimaus geboren waren oder nicht. Erst in der Nov. 12 c. 4

„nam etsi legitimorum quisquam sit pater, et obeunte eius uxore ex hominibus, habuerit quandam

[1]) Jahresb. der württembergischen Rechtspflege VI., S. 112 ff.

[2]) Puchta, Jnst. S. 153.

consuetudinem ad aliam mulierem — et fuerint filii si in omnibus legitimus pater moritur“ . . . . . und gleichfalls in Nov. 19 praef.

„si quis legitimam uxorem habens et legitimos ex ea filios, deinde ea moriente aut matrimonio repudio soluto habuit filios ex aliqua, ad quam nuptiae non interdicuntur, postquam vero hi nati sunt, dotalia confecit in eam documenta, legitimos etiam ita ei natos filios existere“ erweiterte der Kaiser diese Art der Legitimation dergestalt, dass es von nun an keinen Unterschied machte, dass bereits legitime Kinder vorhanden waren und diesen letzteren sollten, wenn der pater legitimans seine Konkubine geheiratet hatte, die von diesen beiden erzeugten Kinder als völlig gleichberechtigt, namentlich bezüglich des Erbrechts gegenüberstehen.

Dagegen wurde die legitimatio per rescriptum principis nur dann erteilt, wenn keine ehelichen Kinder vorhanden waren. Denn diesen hatte Justinian in seinen Gesetzen ein vollkommenes Recht beigelegt und gewiss aus keinem anderen Grunde als damit denselben durch Konkurrenz der legitimierten Kinder ihr künftiges Erbrecht nicht geschmälert werden sollte.

Bei der legitimatio per oblationem curiae war gleichfalls die Legitimation an das Nichtvorhandensein ehelicher Kinder geknüpft[1]).

---

[1]) Puchta Jnst. S. 153.

Auf die Frage, ob die Existenz von legitimen Kindern nach gemeinem Recht als Hinderungsgrund der legitimatio per subsequens matrimonium angesehen werden könnte, muss, wie unbestritten feststeht, im verneinenden Sinne beantwortet werden. Dagegen wird gemeinrechtlich bestritten, ob die Legitimation per rescriptum principis auch dann rechtsgültig erteilt werden könne, wenn es an den römisch rechtlichen Voraussetzungen dieser Legitimationsart mangelt. Die Einen gehen davon aus, dass, da die Legitimation per rescriptum principis eine Gnadensache sei, der Landesherr an jene Voraussetzung, insbesondere auch an die Voraussetzungen, dass keine ehelichen Kinder des Legitimierenden vorhanden sind, nicht gebunden sei, jene Voraussetzungen jedoch bei der Instruktion des Gnadengesuches deshalb festzustellen seien, weil das Vorhandensein und der Widerspruch ehelicher Nachkommenschaft oder die Möglichkeit der Legitimation durch nachfolgende Ehe ein Motiv abgeben werde, die Legitimation durch Reskript zu versagen. Ein trotz des Mangels dieser Voraussetzung erteiltes Reskript sei jedoch vollkommen gültig. An der Voraussetzung des Antrags des Vaters und der Zustimmung des Kindes hält aber auch diese Ansicht fest[1]).

[1]) Glück, Commentar II. § 311, 320. Sintenis a. a. O. Anm. 50, 51. Roth u. v. Meibom § 125. Anm. 13 u. 14

Nach Windscheid[1]) wird diese Meinung nur gerechtfertigt, dass der Landesherr unbeschränktes Gesetzgebungsrecht hat. Dieser Ansicht tritt auch Stobbe[2]) bei und dieser Meinung schliesse auch ich mich an.

Endlich gibt es auch eine dritte Ansicht, welche die trotz des Vorhandenseins ehelicher Kinder erteilte Legitimation zwar für gültig erklärt, jedoch die Legitimierten den ehelichen Kindern gegenüber in ihrem Erbrecht beschränkt[3]).

Auch unter den Anhängern der ersten Ansicht besteht darüber übrigens Meinungsverschiedenheit, welche Wirkung es hat, wenn die Legitimation unter der Verschweigung der gedachten Erfordernisse erwirkt worden ist. Roth und Meibom[4]) sind der Ansicht, dass die Verschweigung nur einen Antrag auf Zurückziehung des Legitimationsreskripts begründe. Dagegen gehen Glück[5]) und Sintenis davon aus, dass in einem solchen Falle die Legitimation als erschlichen und nichtig angefochten werden könne. Die letztere Ansicht scheint mir die zutreffendste zu sein. Die neuere Praxis[6]) erkennt selbst die Legitimation eines

[1]) Windscheid Pand. III, S. 89. Anm. 4.
[2]) Stobbe IV., § 257, 40.
[3]) Glück Comm. II., S. 317.
[4]) Roth und Meibom § 125, Anm. 14.
[5]) Glück a. a. O. S. 319, Sintenis a. a. O. Anm. 51.
[6]) Schirmer, Römisches Erbrecht § 12, S. 212.

adulterinus durch landesherrliches Reskript trotz Vorhandenseins ehelicher Descendenz und seiner Ehefrau als vollwirksam an.

Urteil des Hof-Ger. zu Dillingen und des O. A. G. zu Wiesbaden vom Jahre 1852 d. Arch. f. prakt. R. W., Bd. VI., ferner Seuffert Archiv, Bd. XIV. Nr. 239.

§ 3.

Form der legitimatio p. s. m. und p. r. p.

Hinsichtlich der Form, in der die legitimatio p. s. m. abgeschlossen werden sollte, verlangte Justinian die Errichtung schriftlicher Ehepakten (instrumenta dotalia[1]), weil man die dos schon immer als ein echtes Kennzeichen einer rechtmässigen Ehe angesehen hatte. Über die Bedeutung dieser Voraussetzung herrscht unter den Rechtsgelehrten Streit.

Einige stellen die Behauptung auf, dass nach römischem Recht zur legitimatio p. s. m. instrumenta nuptialia nicht gerade dotalia erforderlich gewesen wären[2]).

Andere hinwiederum sind der Ansicht, dass jeder andere Beweis einer eingegangenen rechtmässigen Ehe hinreichend gewesen sei[3])

---

[1]) l. 5. l. 6. l. 10. l. 11 C. de nat. lib. Nov. 12. c. 4. Nov. 18. c. 2. Nov. 19. Nov. 74. praef. et § 1. § 2. Nov. 78 c. 4. Nov. 89 c. 1. § 1 et § 8 pr.

[2]) Ger. Noodt, Comm. ad. Dig. h. t. p. 27. Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 16.

[3]) Jordens Diss. II. de leg. Cap. III. § 6—8.

Das richtigste ist, dass von des Kaisers Anastasius Zeit an allerdings Ehepakten instrumenta dotalia, in denen eine dos Gegenstand der Festsetzung hauptsächlich gewesen ist, erforderlich gewesen seien; denn der Konkubinat war der Ehe so ähnlich, dass man ihn schwer von derselben unterscheiden konnte[1]). Wollte jemand seine Konkubine heiraten, so musste er dies durch ein evidentes Zeichen an den Tag legen und dazu eigneten sich am besten die Ehepakten.

Wenn nun hiergegen geltend gemacht wird, dass die legitimatio p. s. m., wenn die Konkubine arm war und zur Gewährung eines Brautschatzes nicht im stande war, nicht hätte stattfinden können, so ist dies völlig unbegründet; denn für den Mann war es immer ein leichtes, auch wenn er zu den weniger Bemittelten gehörte, seiner armen Konkubine vor der Ehe eine Zuwendung zu machen, an welcher sie späterhin ihm eine dos konstituieren konnte.

Um noch auf den unterschiedlosen Gebrauch der Ausdrücke dotalia et nuptialia instrumenta in der l. 10 und l. 11 C. de nat. lib. zurückzukommen, so darf man nicht gegen die hier verteidigte Meinung anführen und beweisen wollen, dass instrumenta nuptialia das allgemeinere bedeute. Vielmehr, da der Sinn der instrumenta dotalia feststeht, so ist, wenn promiscue dafür an Stellen auch nuptialia

[1]) Glück, Pand. S. 303.

gesetzt wird, richtiger zu folgern, dass der Ausdruck nuptialia in beschränkterem Sinne des Ausdrucks dotalia gebraucht worden sei.

Nach kanonischem und heutigem gemeinen Recht findet in Ansehung der legitimatio p. s. m. die Errichtung der instrumenta dotalia nicht statt, da der Konkubinat keine Anerkennung gefunden hatte. Es wird vielmehr bei Eingehung der Ehe die kirchliche und die bürgerliche Form verlangt, nach dem Tridentinum die Erklärung des ehelichen Konsenses, nach evangelischem Kirchenrecht die priesterliche Trauung oder die bürgerliche Form, die für die Eheschliessung gesetzlich vorgeschrieben ist gemäss Reichsgesetz vom 6. 2. 1875 betreffend die Beurkundung des Personenstandes und der Eheschliessung (Abschnitt 4 § 41 ff.).

Ist nun die Ehe erfolgt, so kommt es auf die Zeit, in welcher sie geschlossen wird, nicht an. Diese konnte auch zur Zeit einer tötlichen Krankheit, ja selbst auf dem Sterbebette erfolgen, vorausgesetzt, dass der tötlich Kranke noch bei völligem Verstande war, um seine eheliche Einwilligung erklären zu können. Im übrigen war die legitimatio p. s. m. auch dann gültig, wenn der Vater, ehe er die Mutter des unehelichen Kindes geheiratet, in der Zwischenzeit mit einer anderen Frau, in rechtmässiger Ehe gelebt und auch mit derselben Kinder gezeugt hatte[1]).

[1]) Nov. 89 c. 8. 9. Nov. 12 c. 4.

Bei der legitimatio per oblationem curiae bestand die gesetzliche Form darin, dass der Vater seinen filias naturalis zum decurio bestimmte und seine filia naturalis an einen decurio verheiratete [1]).

§ 4.

Ist Zustimmung des Kindes erforderlich?

Bei der legitimatio p. r p. wurde nach römischem Recht ein Antrag des Vaters verlangt, den derselbe an den Regenten richtete, um die Legitimation von ihm auswirken zu können. Der Antrag konnte nicht von der Mutter oder von dem unehelichen Kinde ausgehen, es sei denn, dass der Vater in seinem Testamente den unehelichen Kindern befohlen hatte, die Legitimation beim Regenten anzuhalten.

Analoge Bestimmungen hatte auch das gemeine Recht hinsichtlich der Form der legitimatio p. r. p. getroffen.

Nach römischem Recht ist zur Gültigkeit der Legitimation durch nachfolgende Ehe als ferneres Erfordernis die Einwilligung des Kindes aufzustellen. Wir finden zwar eine Erwähnung über dieses Erfordernis weder in der Zeit von Constantin-Zeno l. 6 C. 5, 27, l. 11 C. 5, 27 noch in den Gesetzen Justinians. Trotzdem ist unter den neueren Schriftstellern Wolf [2]) mit der Behauptung aufgetreten,

[1]) L. 3 et 4 C. de nat. lib. Nov. 89 c. 2.

[2]) Wolf a. a. O. S. 64 ff.

dass Justinian schon vor Erlass der Nov. 89 als Erfordernis der legitimatio p. s. m. die Zustimmung der Kinder aufgestellt habe. Lässt sich auch aus den von ihm angeführten Codexstellen l. 10 C. 5, 27 und fr. 11 de his qui sui vel alieni iuris sunt 1, 6 eine sichere Entscheidung nicht feststellen, so ist doch das Erfordernis der Zustimmung der Kinder klar und deutlich aus der von Justinian später erlassenen Novelle 89 c. 11

> „generaliter autem in omnibus qui per praedictos modos deducuntur ad legitimum ius, tunc haec volumus obtinere, dum et filii hoc ratum habuerint“

ferner

> „nam si solvere ius potestatis invitis filiis non permissum est patribus, multo magis sub potestate redigere invitum filium et nolentem tanquam sortem metuentem paternam, iustum non est . . . .“

zu ersehen.

Es kann also bei dem klaren Ausspruch der Novelle keinem Zweifel mehr unterliegen, dass es vollständig in freiem Ermessen eines legitimandus stand, ob er legitimiert werden wollte oder nicht.

Waren die Kinder zur Zeit der Ehe ihrer Mutter noch unmündig, so hatte der tutor das Recht die Zustimmung zur legitimatio p. s. m. zu erteilen oder zu versagen. Indessen behauptet mit

Unrecht Buchholtz[1]), dass solche Kinder garnicht legitimiert werden dürfen, da sie in dieser Beziehung weder volentes noch nolentes genannt werden können. Auch spricht er mit Unrecht der Mutter als der den Kindern am nächsten stehenden. die Rechte der Einwilligung ab.

Was die legitimatio per rescriptum principis anbelangt, so war bei derselben ebenfalls die Einwilligung des Kindes erforderlich. Wir ersehen dies aus der l. 11 de his qui sui (1, 6) und namentlich aus der Nov. 89 c. 11 pr. § 1.

Im kanonischen Recht hingegen ist die Frage bestritten, ob die Zustimmung des Kindes zur legitimatio p. s. m. erforderlich gewesen sei.. Unter den Rechtsgelehrten ist Glück mit der Behauptung aufgetreten, dass jener Konsens nach kanonischem Rechte nicht mehr erforderlich gewesen sei[2]). Denn in c. 6 X qui fil sint legitimi werde blos der Ehe allein diese Kraft zugeschrieben, dass die vorher ausser derselben erzeugten Kinder hierdurch zu ehelichen Kindern gemacht werden. So wenig

[1]) Buchholtz a. a. O.

[2]) Derselben Ansicht Thomasius in Diss. de usu pract. doctrinae de legitimatione ex damnato coitu natorum § 26. Emminghaus, ad Cocceji ius civ. controv. h. t. Q. IX not. h. p. 99. Eichmann in den Erkl. des bürgerl. R. 3. Th. § 14. 2 S. 217. Riegger Instit. iurisprud. eccles. Part. IV. § 193. Eybel Introduct. ius civ. eccles. Catholicor. I 14 § 367 not. 1 p. 323. Andrer Ansicht Jordens cit Diss. II de legitimat. c. I § 4 in Glück Pand. II S. 298.

nun die Kinder durch ihren Widerspruch die Ehe ihrer Eltern hindern können, ebensowenig können sie auch die damit gesetzlich verknüpfte Wirkung der Legitimation hintertreiben, zumal da dieselbe für sie mehr vorteilhaft als nachteilig sei.

Anderer Ansicht ist Wolf[1]), der in seiner oben erwähnten Abhandlung den Satz aufgestellt hat, dass die legitimatio p. s. m. als ein Produkt des römischen beziehungsweise kanonischen Rechts in Deutschland zur Geltung gelangt sei, als dieses hier recipiert wurde und sei daher in allen Punkten nach dessen Bestimmungen zu beurteilen, soweit nicht ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht sich in Deutschland entwickelt habe. Wolf begründet in überzeugender Weise, dass aus dem Decretale c. 6 V qui fil. sint legit. IV 17, auf welches sich auch seine Gegner stützen, klar und deutlich hervorgehe, dass es sich daselbst um einen Erbstreit über den väterlichen Nachlass zwischen zwei Kindern handle, von denen das eine vorehelich (R), das andere (Sibilla) legitim in der Ehe erzeugt sei. Indem er auf die dem c. 6 X zugrunde liegende Entscheidung des Papstes Alexanders III. zurückgeht, führt er aus, der Papst habe, da er in diesem Erbstreit angerufen wurde die legitimatio p. s. m. nicht ex professo behandeln wollen, sondern sich nur über eines der Erfordernisse der Ehe ausgelassen.

[1]) Wolff a. a. O. S. 78 ff.

Andere[1]) hinwiederum nehmen an, dass bei der legitimatio p. s. m. auch das der Legitimation widersprechende Kind legitimiert werden könne, machen indessen eine wichtige Einschränkung, indem sie das Kind gegen seinen Willen der väterlichen Gewalt nicht unterwerfen[2]).

Man wirft jedoch dieser Ansicht grosse Inkonsequenz vor. Denn das römische Recht lege[3]) mehr Gewicht darauf, ob ein Mensch sui oder alieni iuris sei, als darauf, ob er ehelich oder ausserehelich sei. Dies beweise auch die von Justinian adoptierte Einteilung der Menschen nach ihrem status, von welchem der allein hier in Betracht kommende status familiae auf dem Begriff basiere. Ferner sei die Legitimation eines vorehelichen Kindes durch nachfolgende Ehe seiner Eltern, ohne dass damit zugleich dessen capitis deminutio, dessen Eintritt in die patria potestas seines Erzeugers verbunden gewesen, nach römischer Auffassung undenkbar. Dementsprechend sagen auch Constantin-Zeno in der l. 5 C. de lib. nat., die vorehelichen Kinder würden durch das subsequens matrimonium suos patri et in potestate, Anastasius in der l. eodem, sie würden suos et in

---

[1]) Wächter Pand. S. 639. Arndts Pand. § 421. Sintenis Civilrecht S. 98.

[2]) Dernburg Pand. III S. 55 behauptet, dass diese Mittelmeinung das römische Recht, Nov. 89 c. 11 mit dem kanonischen c. 6 X 4, 17 zweckmässig verbinde.

[3]) Wolf S. 84 ff.

potestate legitimosque, Justinian, sie würden suos in potestate genitoribus (1. 10. cod.) „iustos et in ea potestate (l. 11. eod.)“ Und ganz unzweifelhaft gehe der obige Satz aus der Nov. 89 c. 11 § 1 hervor, in welcher es heisse, die natureles würden durch subsequens matrimonium γνησίους i. e. legitimos, jedoch nach c. 11 nur mit ihrer Zustimmung, weil sie nicht wider Willen der väterlichen Gewalt unterworfen werden können. Und wenn nach c. 11 gesagt werde, dass die, welche den Eintritt in die väterliche Gewalt zurückwiesen, naturales blieben, so sei dies eine Folgerung, welche nur unter der Voraussetzung notwendig richtig wäre, dass nach römischem Recht die Legitimierung eines unehelichen Kindes ohne gleichzeitige Begründung der patria potestas über dasselbe als ein unmöglicher Rechtsbegriff sich darstelle. Wer also nach römischen Recht γνήσιος würde, würde iustus patri et in potestate filius.

Jenen Ausdruck übersetzte das kanonische Recht mit legitimus cf. cit. cap. 1 und 6 X qui filii sint legit. Eine Einschränkung des Begriffs legitimus sei aber aus den zitierten Stellen nicht ersichtlich. Wer also aus cap. 6 X cit. ableiten wolle, dass durch das kanonische Recht das Erfordernis der Einwilligung des legitimandus in seiner Legitimation durch nachfolgende Ehe der Eltern aufgehoben sei, der müsste konsequenterweise auch weiter annehmen, dass nun selbst zur Begründung der patria potestas

über den legitimandus dessen Zustimmung nicht mehr erfordert werde.

Demnach wird man wohl der Ansicht Wolf's, der auch Windscheid[1]) zustimmt, den Vorzug geben müssen, dass das kanonische Recht in c. 6 X das römische nicht habe abändern, sondern wiederholen wollen.

Auch im gemeinen Recht herrscht unter den Rechtsgelehrten Streit betreffs der Zustimmung des Kindes zur legitimatio p. s. m. Viele sind der Ansicht[2]), dass das im römischen Recht begründete Erfordernis der Einwilligung des legitimandus durch kanonisches Recht und damit für unser heutiges Recht beseitigt worden sei. Dieck sucht diese Meinung sogar aus der germanischen Rechtsauffassung, welche die väterliche Gewalt nur als eine Schutzherrschaft, als eine Wohltat daher für Kinder betrachtet habe, herzuleiten. Dass aber die legitimatio p. s. m., nachdem sie bei den Germanen üblich geworden, als eine unmittelbare Folge der Ehe in Deutschland anzusehen und daher die Zu-

[1]) Windscheid Pand. § 522 Not. 6 desgl. Kückhoven, Diss. römisch rechtlichen Grundsätze der l. p. s. m. und ihre Anwendbarkeit im heutigen gemeinen Recht u. im B. G. B. S. 31. Dagegen: Vogels Diss. Zur gemeinrechtlichen Lehre von der Legitimation durch nachfolg. Ehe, desgl. Hinrichsen, Die Legitimation durch nachfolgende Ehe im internationalen Privatrecht S. 46.

[2]) Glück Pand. S. 299. Mackeldey § 247 u. 248. Keller Pand. § 411. Dieck Beiträge 204.

stimmung der legitimandi dort nicht erforderlich sei, dafür ist er den Beweis schuldig geblieben. Denn der Schwabenspiegel (Art. 378), auf den er sich hierbei beruft, vermöchte wohl allein denselben nicht herzustellen, da er 200 Jahre früher entstand, als die Rezeption des römischen Rechtes sich in Deutschland vollendete. Seiner Ansicht dürfte man sich wohl kaum anschliessen. Dagegen fordert Wolf in Konsequenz mit seiner im kanonischen Recht durchgeführten und begründeten Behauptung, auch heute noch die Zustimmung der Kinder als notwendiges Erfordernis der legitimatio p. s. m. Da auch in der gemeinrechtlichen Praxis[1]) im letzteren Sinne ausgesprochene Entscheidungen getroffen worden sind, so dürfte man der Ansicht Wolfs die Zustimmung geben.

Bei der legitimatio per rescriptum principis wurde nach kanonischem Recht gleichfalls die Zustimmung der Kinder für notwendig gehalten, doch dürfte es als stillschweigende Einwilligung zu betrachten sein, wenn das Kind nicht widerspreche. Bei Minderjährigkeit der Kinder war die Einwilligung des Vormundes erforderlich.

Auch das sächsische Gesetzbuch § 1785 stimmt hierin mit dem gemeinen Rechte überein, während nach A. L. R. II. 2 § 602 die Einwilligung des Kindes ein wesentliches Erfordernis nicht ist.

---

[1]) Seuffert Archiv XXIV 124, 242.

§ 5.

Ist Einwilligung des Vaters notwendig?

Als weitere Voraussetzung der legitimatio p. s. m. wird nach römischem Recht die Einwilligung des Vaters hingestellt. Zwar geben uns die Quellen hinsichtlich dieses Punktes keinen direkten Aufschluss, sie verlangen nur, dass die Tatsache der Vaterschaft feststehen müsse. Das besagen in der l. 10. cit

„cum quis a muliere . . . . . aliquos liberos habuerit" und „omnes filios suos in potestate suis existere genitoribus", ferner in l. 11. C. 5, 27, „si quis . . . . . et ex ea liberos sustulerit", sowie ähnliche Auslassungen in Nov. 12. c. 4. Nov. 18. c. 11. Nov. 19. Nov. 89. c. 8. Allerdings ist in den zitierten Gesetzen der Fall, dass der seine Konkubine heiratende Vater, die mit derselben vor der Ehe erzeugten Kinder nicht legitimieren wolle, nicht besonders behandelt, vielmehr nur an den Fall gedacht, dass des Erzeugers Willen die Legitimation der betreffenden Kinder entspreche und allein derselben die post dotem nati entzogen worden seien. Indessen hieraus den Schluss zu ziehen, dass die Zustimmung des Vaters ein notwendiges Erfordernis der legitimatio p. s. m. wäre, erscheint weniger zutreffend und um so gewagter, als das Justinianische Recht die legitimatio p. s. m. als eine Wohltat für die Kinder angesehen hatte[1]).

[1]) Vogels: Zur gemeinrechtlichen Lehre über die Legitimation d. n. E. S. 48.

Zur Feststellung der Vaterschaft fordern nun manche Anerkennung des Kindes durch den pater legitimans, sei es ausdrücklich oder stillschweigend [1]). Dagegen lässt sich aber manches einwenden. Hätte der Kaiser Justinian eine Anerkennung als geeignet erachtet, so würde er dies deutlich geäussert und als Erfordernis nicht die Tatsache der Paternität, sondern gerade die geschehene Anerkennung von seiten des pater legitimans hingestellt haben. Dass er dies nicht tat, dazu mag ihn allerdings die Erwägung bestimmt haben, dass im Einzelfalle aus den tatsächlichen Verhältnissen des Konkubinats die nötige Gewissheit, ob jemand wirklicher Vater des fraglichen Kindes war nicht schwer zu beschaffen war, zumal der Konkubinat als ein ständiges der Ehe sich annäherndes Verhältnis die Vaterschaft faktisch ebenso bestimmt erkennen liess als die wahre Ehe. Nur für die Frage, ob Konkubinat oder Ehe finden wir in der Nov. 117 c. 2 eine Regel dahin aufgestellt, dass wenn jene in einer öffentlichen Urkunde oder in einem Testament ein Kind als seinen Sohn oder seine Tochter bezeichnet, hierdurch für diese bezeichneten und die übrigen mit derselben Mutter erzeugten Kinder der volle Beweis der ehelichen Kindschaft erwachsen soll. Es ist übrigens noch auf Nov. 18 c. 5 und Nov. 89 c. 12 § 4 hinzu-

[1]) Savigny II. p. 389 not f. und VIII. p. 399. Glück II. 297. Puchta Pand. § 41 not. K. und § 440. Windscheid Pand. § 56 h not. 7. § 522. Arndts Pand. 421.

weisen, wo ebenfalls ein Beweis der Abstammung von Konkubinenkindern als durch Tatsache herstellbar gedacht ist. Es ist somit eine derartige Begrenzung der Feststellung der Vaterschaft für das römische Recht nicht zutreffend.

Auch das kanonische Recht sieht von der Zustimmung des pater legitimans als einem Erfordernisse der legitimatio p. s. m. ab. Es hebt vielmehr die Tatsache der Vaterschaft des pater legitimans als entscheidend hervor[1]).

Das gemeine Recht steht auf demselben Standpunkt, auch hier verlangen manche[2]) zur Feststellung der Vaterschaft einen Konsens des pater legitimans in Gestalt einer Anerkennung des legitimandus als eines von ihm abstammenden Kindes, weil sie der Ansicht sind, dass ein direkter Beweis dessen, dass jemand Vater eines Kindes ist, absolut unmöglich ist, da die Tatsache der Erzeugung sich der menschlichen Wahrnehmung entzieht. Savigny z. B. sagt, die Erzeugung sei ein Naturgeheimnis, welches erst nach geraumer Zeit in die Erscheinung trete und wofür ein eigentlicher Beweis nicht etwa schwierig und selten, sondern einfach undenkbar sei. Dies möge wohl[3]) für alle die Fälle gelten, wo in der kritischen Zeit vor der Geburt des fraglichen Kindes mehrere

[1]) cap. 1 und 6 X qui. fil. sint legit.

[2]) Savigny, Puchta, Windscheid.

[3]) Wolf a. a. O. S 92.

Mannespersonen mit der Mutter derselben konkumbiert haben. Wenn in solchen Fällen der Ehemann die Anerkennung und Legitimierung des von seiner Ehefrau konzipierten Kindes verweigere, so werde für das fragliche Kind der Beweis der Abstammung von dem nachherigen Ehemann seiner Mutter, dem einen von mehreren möglichen Vätern in der Tat unerbringlich sein. Aber es lassen sich auch Fälle denken, wo der nachherige Ehemann in der für die Erzeugung des vorehelichen Kindes kritischen Zeit, mit dessen Mutter konkumbiert hat und der letzteren unmöglich war, sich noch mit anderen Männern abzugeben, z. B. wenn während jener Zeit durch Schiffbruch auf eine Wüste verschlagen die nachherigen Eheleute hier konkumbieren und ein Kind zeugen, oder wenn z. B. nachgewiesen wird, dass die Mutter während der ganzen kritischen Periode im Gefängnis gewesen und dort überhaupt nur mit einem einzelnen Manne in Berührung gekommen, so ist nach allen Regeln des Rechts vollkommener juristischer Beweis dafür erbracht, dass das Kind, welches die Gefangene nachgeboren, von jenem Manne erzeugt sei[1]).

Einen solchen indirekten Beweis der Vaterschaft wird man nur in seltenen Fällen, nur bei besonderer Beschaffenheit der Verhältnisse erbringen können. Meistens wird aber die Anerkennung des

[1]) Buenger a. a. O.

Kindes als seines eigenen durch den Ehemann ausdrücklich und zwar entweder in den Ehepakten oder durch entsprechende Erklärung vor Gericht, Pfarrer, Standesbeamten oder stillschweigend erfolgen und aus Tatsachen geschlossen werden, z. B. wenn der Mann das Kind als sein eheliches gehalten und erzogen hat. Es findet aber gegen das Anerkenntnis Gegenbeweis statt, da durch wahrheitswidrige Anerkennung dem Ehemann das Mittel in die Hand gegeben würde, auch einem nicht von ihm gezeugten, von seiner Ehefrau vor Schliessung der Ehe geborenen Kinde auf dem Wege einfacher Anerkennung die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes zu verschaffen. Damit würde aber gegen den der Legitimation durch nachfolgende Ehe zugrunde liegenden Gedanken verstossen und gewissermassen eine neue Art der Annahme an Kindes statt oder der Ehelichkeitserklärung, jedoch ohne die schützenden Formen dieses Institutes eingeführt. Es ist daher jeder, welcher ein rechtliches Interesse dabei hat, befugt, die Unrichtigkeit des Anerkenntnisses prozessualisch darzutun [1]).

Nach Bähr [2]) enthalte die Anerkennung unzweifelhaft das Geständnis des vollzogenen Beischlafs mit der Mutter und zwar in zutreffender Zeit. Es verstehe sich jedoch von selbst, dass, da sich die zutreffende Zeit nach der Geburt des Kindes

[1]) Striethorst Arch. Bd. 99 S. 212. R. G. E. Bd. 22 S. 223.

[2]) Bähr, Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 187 ff.

berechne, ein in dieser Richtung sicheres Geständnis erst nach der Geburt abgelegt werden könne, und daher auch erst eine, nach dieser erfolgte Anerkennung der Vaterschaft erheblich werde. Dagegen vermöge diese Anerkennung die nachträgliche Verneinung der Vaterschaft mittelst des Beweises der exceptio plurium concumbentium an sich nicht auszuschliessen. Zweifelhaft könnte dies nur etwa dann werden, wenn der angebliche Vater die Vaterschaft anerkannt habe, ungeachtet er wusste, dass die Mutter im Laufe der zutreffenden Zeit auch noch mit anderen zu tun gehabt habe; nicht etwa deswegen, weil alsdann in der Anerkennung ein Verzicht auf den hieraus zu entnehmenden Einwand enthalten wäre, sondern deshalb, weil in dem nahen Verhältnisse einer Geschlechtsverbindung Momente gedacht werden können, welche für den Anerkennenden ungeachtet seines Umstandes die Überzeugung begründet haben mögen, dass er und nur er der Vater des Kindes sei. Bei der mehr faktischen Natur dieser Frage möchte jedoch eine allgemeine Beantwortung untunlich sein.

Wenn hiernach die Anerkennung der Vaterschaft ungeachtet sie zufolge der Eigentümlichkeit der von ihr influenzierten Beweisfragen von grosser Bedeutung sei[1]), doch in Wahrheit die Natur eines

[1]) Es wird demnach kein Bedenken haben, die Frage nach der Vaterschaft regelmässig durch die Anerkennung als erledigt zu betrachten, demgemäss z. B. wenn der Mann bei seiner Verheiratung ein von der Frau vorher gebornes Kind

Beweismittels bewahre, so folge daraus weiter, dass es darauf ankommen könne, wem gegenüber sie erfolge, in sofern nur die Ernstlichkeit des Zugeständnisses nicht zu bezweifeln stehe.

Die Meinung von Unger[1]), dass, wenn der Vater, sei es auch wider besseres Wissen ein Kind als das seinige gelten lassen will, dies auch wirklich dafür zu gelten habe, widerlegt sich durch die Erwägung, dass die Gesetze Personenstandsgesetze grundsätzlich der Privatdisposition entziehen, nirgends aber eine einfache, einseitige Willenserklärung für hinreichend erklären, um das Kind eines Anderen als eigenes gelten zu lassen[2]).

Die gemeinrechtliche Praxis, die der letzteren Ansicht huldigt, knüpft an diese Anerkennung die Wirkung, dass dadurch und zwar auch gegenüber dritten die Vaterschaft bis zum Beweise des Gegenteils als festgestellt angesehen wird[3]). Doch nimmt die Praxis an, dass den Rechten des Kindes durch die Anerkennung nicht präjudiziert werde[4]).

---

als von ihm erzeugt anerkennt, damit die Legitimation als bewirkt und die Vormundschaft als beendet anzusehen. cfr. Savigny II 389. Puchta Pand. § 316, 440. Sintenis Civ. R. III. § 138 Anm. 11, 47.

[1]) Jherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 8 S. 184.

[2]) Windscheid Pand. Bd. 1 § 56 b. No. 7. Mot. IV 928.

[3]) Seuffert XI 10, XIII 232, XXI 200, XXII 287, 288, XXIV 242, XXXVI 174 R. G. E. in Strafsachen XIII 91.

[4]) Seuffert VIII 344, XI 10, XXIV 242. Jahrbücher der Entscheidungen des Kammergerichts VI 27.

Wie verhält es sich aber, wenn die geschehene Anerkennung seitens des pater legitimans von dem betreffenden Kinde nicht zu erweisen ist? In einem solchen Falle muss unterschieden werden, ob die Geburt desselben vor der Ehe zwischen dem angeblichen Vater und jener Mutter bereits oder erst während derselben, ohne dass es ehelich koncipiert sein konnte, erfolgt. Im ersteren Falle muss bei der Schwierigkeit die Unmöglichkeit des Beweises der negativen Tatsache, dass die Mutter nicht mit anderen verkehrt habe, der leichter zu führende Gegenbeweis, dass es doch der Fall gewesen, dem Prozessgegner auferlegt werden. Im letzteren Falle bedarf es eines solchen Beweises nicht, denn es streitet für dasselbe die Präsumption, dass es von diesem Ehemanne abstammt[1]).

Wird nun von Dritten den Kindern die Abstammung abgestritten, so müssen jene, wie im Fall der Anerkennung den Beweis der Unmöglichkeit der Abstammung von diesem Vater erbringen: Dem Vater gegenüber würde die Rechtsvermutung nicht wirken, denn für ihn muss es ausser Zweifel sein, dass er das Kind gezeugt hat.

Von den neueren Gesetzen machen das preussische A. L. R. II. 2 § 596 II 1, § 1077 und das sächsische G. B. §§ 1780, 1859, 1872 die Legitimation durch nachfolgende Ehe nicht von der Anerkennung der Vaterschaft abhängig, vielmehr gilt nach diesen

[1]) l. 11 C. de nat. lib. und Nov. 89 c. 8 § 1.

Gesetzgebungen der Ehemannn als Vater des Kindes, wenn er innerhalb der in Ansehung des Unterhaltsanspruchs des unehelichen Kindes massgebenden Empfängniszeit mit der Mutter des Kindes den Beischlaf vollzogen hat. Insbesondere ist die exeptio plurium ausgeschlossen. Mit dem preussischen und sächsischen Rechte stimmt das österreichische G. B. § 161, 163, 164 im wesentlichen überein. Die Zulässigkeit der exeptio plurium ist zwar bestritten, wird aber von der Theorie und Praxis vorwiegend verneint.

Im Gegensatz zu den angeführten Gesetzgebungen macht das französische Recht[1]), auf welches wir etwas näher eingehen wollen, den Eintritt der Legitimation durch nachfolgende Ehe davon abhängig, dass die Eltern das Kind gesetzmässig anerkannt haben, wodurch dann die Vaterschaft als festgestellt gilt. Die Anerkennung muss also der Wahrheit entsprechen, ist dies nicht der Fall, so kann sie nach Artikel 339, von jedem, der ein Interesse daran hat, bestritten werden. Dieser Angriff richtet sich auch gegen die Legitimation, deren Voraussetzung die gültige Anerkennung ist. Rückwirkende Kraft kommt der Anerkennung nicht zu; sie wirkt vielmehr ex nunc erst vom Momente der Eheschliessung ab. Demnach kann das Kind nicht etwa vor der Legitimation verstorbene Verwandte seiner Eltern beerben; auch beginnt die väterliche Nutzniessung

---

[1]) Code civil Art. 331 cfr. Badisches Landrecht S. 331.

am Kindesvermögen erst mit diesem Tage, die puissance paternelle schon mit der Anerkennung. Ist die Anerkennung unzulässig, so ist es auch die Legitimation so z. B. bei ehewidrigen Kindern[1]). Das Recht der Anerkennung steht dem Vater bezw. der Mutter zu. Es ist höchst persönlich.

Bezüglich der Anerkennung der unehelichen Kinder durch die Mutter unter dem früheren und späteren badischen Recht und unter den Reichsgesetzen ist es von Interesse das in den Badischen Annalen[2]) angeführte Urteil einer näheren Betrachtung zu unterziehen. Reutti führt uns in der oben erwähnten Abhandlung das Urteil des Grossherzoglichen Oberlandesgerichts von 29. 5. 1885 Nr. 4210 an, nach welchen es in Baden überhaupt keine von der Mutter anerkannte natürliche Kinder,

---

[1]) Ehewidrig ist ein Kind, wenn es von den Eltern erzeugt ist, deren Verheiratung zur Zeit der Konzeption wegen Ehehindernisses der Verwandtschaft oder der Doppelehe verboten war. Deshalb bestimmt Art. 335, dass zugunsten eines ehewidrigen Kindes keine freiwillige Anerkennung erfolgen kann und Art. 342 schliesst auch die gerichtliche Erforschung sowohl der Vaterschaft als auch der Mutterschaft aus. S. Ullersberger, Diss. Freiburg i. B. „Das Rechtsverhältnis der unehelichen Kindschaft" nach B. G B. und dem code civil. S. 59.

[2]) Annalen der Grossherzoglich Badischen Gerichte 54, Jahrgang Mannheim 1888 „Über die Anerkennung unehelicher Kinder durch die Mutter unter dem früheren und späteren badischen und unter dem Reichsgesetz von C. Reutti S. 197 ff.

geboren zwischen 1. Januar 1871 und 1. Februar 1870 gäbe mit Ausnahme jener, welche in den Ehevertrag oder in die Heiratsurkunde von beiden Eltern zugleich anerkannt würden und etwa einiger weniger, wo die Mutter im gerichtlichen Wege festgestellt würde. Es ist merkwürdig, behauptet Reutti, dass dies bisher niemals zur Anrufung gerichtlicher Entscheidungen geführt habe, da doch der Fall durch das Land sozusagen täglich praktisch gewesen sei und noch sei. Anstandslos und als ganz selbstverständlich würden der Mutter gegenüber und umgekehrt alle unehelichen Kinder als ipso facto anerkannte natürliche Kinder bei den Verlassenschaftshandlungen behandelt, mit Ausschluss derjenigen, wo das Gesetz die Anerkennung überhaupt verboten habe. Das in den Annalen erwähnte Urteil verwirft diese Annahme und da vor dem 1. Februar 1870 von keiner unehelichen Mutter verlangt worden oder geschehen ist, ihr Kind geradezu so förmlich anzuerkennen, wie es der natürliche Vater tun musste, so bleiben eben alle jene Kinder von der Mutter nicht anerkannt und alle jene vorehelich gebornen Kinder können ungeachtet der nachfolgenden Ehe der Eltern nicht die Rechte ehelicher Kinder geltend machen (L. R. S. 331 bis 333), sondern haben gegenüber dem Vater die Rechte anerkannter natürlicher, gegenüber der Mutter, aber gar keine Ansprüche, — und umgekehrt.

Seit Änderung der Gesetzgebung durch Landgesetz vom 21. 12. 1869 „Die Beurkundung des bürgerlichen Standes und die Förmlichkeit bei Schliessung der Ehe betreffend“ (seit 1. 2. 1870) und durch das Reichsgesetz vom 6. 2. 1875 „über die Beurkundung des Personenstandes und der Eheschliessung“ (seit 1. Januar 1876) ist die Sache anders geworden. Jedoch lässt das badische Gesetz von 1869 noch unentschieden, ob die Anerkennung des unehelichen Kindes seitens seiner Mutter als erforderlich erachtet wurde. § 40 sagt nur, dass die Abstammung des Kindes von der in der Geburtsurkunde genannten Mutter durch die Geburtsurkunde allein nicht erwiesen wird, und der Beweis der Mutterschaft auch durch Zeugen erbracht werden kann. Die Anerkennung, (wo sie gesetzlich nicht verboten ist) ist aber der volle Beweis der Abstammung und umgekehrt ist der Beweis der Abstammung identisch mit dem Begriff der Anerkennung (wo diese gesetzlich erlaubt ist). Der Vater wird nicht verurteilt das Kind anzuerkennen, sondern wird als Vater desselben erklärt, d. h. die Abstammung des Kindes von ihm wird gerichtlich festgestellt. Ebenso müsste es bei der Mutter geschehen, da die Abstammung von ihr, durch die Geburtsurkunde allein nicht erwiesen wird, — wenn nicht eine bestätigende Erklärung der Mutter hinzukommt[1]). Es ist jedoch unter

[1]) Kommissionsbericht des Abgeordneten Kiefer in der Sitzung der zweiten Kammer vom 10. 11. 1869 S. 21/22 zu § 40.

der Herrschaft der badischen Gesetze vom 1. 2. 1870 bis 31. 12. 1875 bei Nachwirkung der früheren Gewohnheit die ergänzende Anerkennung der unehelichen Kinder seitens der Mutter häufig unterlassen worden.

Nach dem Reichsgesetz ist die Sache zweifellos. Die Präsumptionen, wie sie nach der alten badischen Einrichtung der Zivilstandsbeurkundung durch die Geistlichen möglich waren, sind jedoch nicht mehr zulässig und mit Rücksicht darauf, dass das badische (rheinisch französische) Recht an sich die Anerkennung des unehelichen Kindes nicht nur durch den Vater, sondern auch durch die Mutter kennt, erhielt § 25 des Reichsgesetzes seine jetzige, gegenüber dem Entwurf erweiterte Fassung[1]). Die Anerkennung durch die Mutter erfolgt jetzt regelmässig dank den Vorschriften des § 54 der badischen Dienstweisung für Standesbeamte.

Sowohl das römische Recht als auch das gemeine Recht machte die Legitimation durch Reskript von der Zustimmung des Vaters abhängig. Sie erfolgte durch einen Antrag des Vaters, welcher die Willenserklärung des letzteren in sich schloss, dass er dem unehelichen Kinde die Rechtsstellung eines ehelichen Kindes einräumen wolle. Der Antrag hatte den Charakter eines einseitigen Rechtsgeschäfts. Dagegen war bei der legitimatio minus

[1]) Hinschius Kommentar zum Reichsgesetz. 2. Aufl. 1876 S. 88—99.

plena[1]) im deutschen Recht die Einwilligung des Vaters nicht notwendig. Sie konnte auf blosses Ansuchen der Mutter oder des Vormundes oder der Kinder selbst geschehen, da sie lediglich in der Absicht erfolgte, damit der Makel der unehelichen Geburt getilgt werden sollte. Eine vollkommene Wirkung konnte ihr aber ohne die bei Lebzeiten oder durch Testament gegebene Einwilligung des Vaters nie zugeschrieben werden. In neuester Zeit ist jedoch die legitimatio minus plena bedeutungslos geworden und somit ist die legitimatio p. r. p. durch Zustimmung des Vaters bedingt.

Wie nun die Vaterschaft festzustellen sei und ob auch nach Erteilung der Ehelichkeitserklärung die Unwirksamkeit der letzteren auf Grund der Behauptung, dass der in der Erklärung als Vater Bezeichnete nicht der wirkliche Vater des Kindes sei, geltend gemacht bezw. die die Legitimation aussprechende Verfügung der Staatsgewalt zurückgezogen werden könne, darüber erhalten die bisherigen Rechte keine besonderen Bestimmungen[2]). Die blosse Anerkennung macht hier das uneheliche Kind nicht zum ehelichen[3]). Im allgemeinen

---

[1]) Glück, Pand. S. 298.

[2]) Mot. IV.

[3]) Windscheid Pand. S. 89 Anm. 7. Man hat auf Nov. 117 c. 2 eine sog. l. p. nuncupationem gegründet. Aber diese Stelle spricht jedenfalls nicht von der Erklärung, dass das Kind von den Erklärenden erzeugt sei, sondern von der Erklärung, dass das Kind von dem Erklärenden in der Ehe

Landrecht II. 2 § 601 ist von dem Erfordernis, dass der Vater den Legimationsantrag stelle insofern abgesehen, als man den Antrag des Vormundschaftsgerichts für genügsam erachtet hat, wenn der Vater im Testament seinem Sohne die Rechte eines ehelich erzeugten Kindes beigelegt hat.

§ 6.

Das Nichtvorhandensein eines legitimen Ehegatten.

Ein weiteres Erfordernis der legitimatio p. s. m. ist das Nichtvorhandensein eines legitimen Ehegatten. Eine ausdrückliche Erwähnung jener Voraussetzung war auch in den Quellen unnötig. Sie verstand sich schon von selbst, da bei den Römern die Polygamie, ebenso ein gleichzeitiges Geschlechtsverhältnis mit einer uxor und einer concubina verpönt war [1]). Deshalb ging auch Anastasius und

erzeugt sei und sie behandelt diese Erklärung nicht als Disposition, sondern als Zeugnis (testimonium μαρτυρί), weswegen auch die zugunsten eines Kindes abgegebene Erklärung allen Kindern zugute kommen lässt und hinzufügt, dass durch die Erklärung zugunsten des Kindes auch der Beweis der Ehe hergestellt sei. Seuff. Arch. V 189, XL 175. Anderer Ansicht ist noch jetzt, jedoch nicht für das heutige R. Schirmer, röm. Erbrecht I § 12, 6. Ohne Berufung auf Nov. 117 c. 2 nimmt für die Anerkennung eines unehelichen Kindes eine konstitutive Wirkung in Anspruch. Unger, Jahrbücher f. Dogmatik S. 47 meiner Arbeit, anders Bähr, Anerkennung S. 45 ff. meiner Arbeit.

[1]) l. 1 C. de concubinis V, 26.

Justinus über dieses an sich selbstverständliche Erfordernis stillschweigend hinweg.

Nach l. 5 pr. C. de nat. lib. 5, 27 „super ingenuis", „concubinis ducendis uxoribus", „qui ante hanc legem ingenuarum mulierum", „cum huiusmodi mulieribus ingenuis", „ex ingenuarum concubinarum consortio" stellte Konstantin-Zeno das Erfordernis auf, dass die Mutter eine ingenna sein sollte, vermutlich aus dem Grunde, weil gerade zu ihrer Zeit die Konkubinatsverhältnisse zwischen freien und ingenuae überhand genommen hatten; vielleicht auch, wie Thibaut behauptet [1]), weil weder Constantin noch Zeno es wünschten, die Ehe mit anderen als mit ingenuae mulieres zu befördern.

Justinian dagegen ging einen Schritt weiter und scheute sich nicht dem Institute der legitimatio p. s. m. durch die l. 10 C. 5, 27 cum quis a muliere libera . . . . . aliquos liberos habuerit, eine solche Ausdehnung zu geben, dass dadurch die Umwandlung aus dem zwischen libertriae und Freien bestehenden Konkubinatsverhältnisse in legitime Ehen bewirkt werden konnte. In der Nov. 89 c. 8 „si quis igitur cum muliere, quae ab initio libera vel etiam liberta fuit" wurde die Bestimmung noch ausdrücklich bekräftigt. Endlich verordnete der Kaiser durch die Nov. 18 c. 11 „si quis ad ancillam propriam habuerit quandem sententiam", dass die

[1]) Thibaut Versuche S. 215.

Ehe mit einer Sklavin nach vorangegangener manumissio derselben gültig sein sollte.

Auch im gemeinen Recht war die legitimato p. s. m. an das Nichtvorhandensein eines legitimen Ehegatten geknüpft, da Bigamie verboten und strafrechtlich geahndet wurde.

C) Wirkungen der legitimatio per subsequens matrimonium et per rescriptum principis nach dem römischen, kanonischen, gemeinen Rechte und den Landesgesetzen.

§ 7.

Die Wirkungen auf Seiten des Kindes und des Vaters.

Was die Wirkungen der legitimatio anbelangt, so bestand nach römischem Recht zwischen der Legitimation durch nachfolgende Ehe und der durch Reskript kein Unterschied. Die legitimierten Kinder wurden, vom Augenblick der Legitimation so betrachtet, als ob sie bei ihrer Geburt legitim gewesen wären. Dies ist aus l. 10 C. 5, 27

> „omnes filios, sive ante dotalia instrumenta editi sint sive postea una eademque lance trutinari et omnes filios suos in potestate suis existere genitoribus, ut nec prior nec iunior ullo habeatur diserimine, sed qui ex iisdem matrimoniis procreati sunt, simili perfruantur fortuna“,

aus l. 11 C 5, 27

„iustos et in potestate esse patribus, iusto patri soboles nascatur",

aus Nov. 18 c. 11

„et uxor legitima, et liberi in potestate et sui, et patri suo heredes ab intestato sint . . . . . illis vis, per quos . . . . . pervenerunt et confectione dotalium instrumentorum secuta, ius legitimorum, illis praebentibus", ...

aus Nov. 89 c. 8

„sancimus, ut et nuptiae legitimae, et liberi, quum quos ante suscepit, tum qui in utero sunt, legitimi existant"

ersichtlich und aus den übrigen diesbezüglichen Gesetzen und Novellen.

Da im früheren römischen Rechte die Frage verschieden beantwortet war, hat Justinian in den c. 11 § 4 C. (5, 27) eine Entscheidung gegeben, nach welcher die betreffenden Kinder als eheliche zu betrachten waren[1]).

Es ist noch die Frage zu erörtern, ob das vor der Eheschliessung konzipierte, in der Ehe geborene Kind als ein eheliches oder legitimiertes betrachtet werden könne. Nach der Litteratur und Praxis des gemeinen Rechtes war jedoch ein solches Kind als ein zu legitimierendes anzusehn und hatte daher die Befugnis seine Zustimmung zur legitimatio in Gemässheit der Nov. 89 c. 11 zu geben oder zu ver-

[1]) Vgl. Bekker, System Bd. I, S. 185.

weigern. Zuletzt hat sich auch Koch in seiner Abhandlung „Ist das vor der Eheschliessung konzipierte, in der Ehe geborene Kind ein eheliches oder legitimiertes" dafür ausgesprochen, dass ein solches Kind als ein legitimiertes angesehn werden könne und dies auch in rechtshistorischer Weise zu begründen versucht. Gegenüber der klaren Ausdrucksweise der c. 11 § 4 cit. wird die Entscheidung für das gemeine Recht davon abhängen, ob ein derogatorisches gemeines Gewohnheitsrecht anzunehmen ist.

Das Preussische A. L. R. gestattet den Beweis aus dem Reifegrad dem Ehemann in einem Falle nicht und in einem anderen Falle nur bedingt. Ersteres betrifft die Widerlegung der Vermutung des § 9 A. L. R II 2: „Dass Kinder, die während der Ehe erzeugt oder geboren werden, von dem Manne erzeugt sind." Diesbezüglich heisst es in § 2 Abs. 1 cod.: Gegen diese Vermutung soll der Mann nur alsdann gehört werden, wenn er überzeugend nachweisen kann, dass er der Frau in dem Zwischenraum vom 302. bis 210. Tage vor der Geburt des Kindes nicht ehelich beigewohnt hat.

Der andere Fall ist der, dass die Ehelichkeit eines nach Auflösung der Ehe aber vor dem 302. Tage geborenen Kindes angefochten wird. Hier ist nach § 22 cod. der Beweis aus dem Reifegrad nur zulässig, wenn gleichzeitig die Witwe eines nach dem Tode des Ehemannes mit anderen Manns-

personen gepflogenen verdächtigen Umganges überführt werden kann.

In allen übrigen Fällen, namentlich, wo es sich um eine Beweispflicht des Kindes handelt, dürfte der Beweis aus dem Reifegrad nach der heutigen Auffassung der Dinge auch für das Preuss. Recht für zulässig zu erachten sein, zumal diesbezüglich das A. L. R. keine entgegenstehende Bestimmung enthält.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen enthält im § 1772 ganz dieselbe, gegen den Ehemann gerichtete Beschränkung, wie das Preuss. A. L. R. im § 2 Abs. I 7, II tit. 2. Dagegen ist ihm die im § 22 A. L. R. II, 2 gegebene Bestimmung fremd.

Der Code civil enthält im Art. 312 den Satz, dass ein während der Ehe empfangenes Kind den Mann zum Vater habe, dass dieser aber gleichwohl das Kind verleugnen könne, wenn er beweist, dass er während der zwischen den 300. bis zum 180. Tage vor der Geburt des Kindes verlaufenen Zeit, wegen Abwesenheit oder durch irgend einen Zufall der physischen Unmöglichkeit befunden habe, seiner Frau ehelich beizuwohnen.

Der Ausschluss des Beweises kann aus dem Reifegrad nicht gestützt werden, denn es fehlt hier, anders wie im A. L. R. und sächs. B. G. B. die Bestimmung, dass der im Art. 312 vorgesehene Nachweis ein ausschliesslicher sein soll und ausserdem setzt Art. 312 voraus, dass das Kind in der Ehe

empfangen sei, was selbst womöglich erst durch den Beweis aus dem Reifegrad festgestellt werden kann.

Das österreichische A. B. G. endlich lässt die Frage, ob Beweis aus dem Reifegrad zulässig ist, ebenso unentschieden wie das gemeine Recht.

Die legitimierten Kinder erleiden, mochte die Legitimation auf die eine oder andere Art erfolgen, eine capitis deminutio minima. Indem sie aufhören sui iuris zu sein, treten sie jetzt in die Familie ihres parens und werden alieni iuris. Ob die capitis deminutio auch den Enkeln zuteil wurde, wenn nach dem Tode des natürlichen Sohnes, von welchem sie in rechtmässiger Ehe gezeugt sind, der Grossvater seine Konkubine heiratete, ist bestritten[1]) Darüber sind aber alle einig, dass, wenn die Ehe des Grossvaters bei Lebzeiten des Sohnes erfolgte, der Enkel auch in Ansehung des Grossvaters legitimiert würde. Dass übrigens die legitimierten Kinder auch den Adel des Vaters erhielten, war nach römischem Recht wenigstens nicht zu bezweifeln[2]).

Die legitimierten Kinder erhielten ferner ein Erbrecht, vermöge dessen sie nicht mit dem Vater, sondern auch den väterlichen Anverwandten als rechtmässige Kognaten succedierten. Nach Nov. 118 hatten sie ein Intestaterbrecht und nach Nov. 115

[1]) Weiske, Rechtslexikon S 30.

[2]) Nov. 89 c. 9. verb. ut sub potestate eius consitant nihil a legitimis filiis differentes.

ein Noterbrecht. Nur bei der legitimatio per oblationem curiae machte Justinian eine Ausnahme. Die Kinder sollten nur ihrem Vater, nicht aber den übrigen väterlichen Anverwandten succedieren[1]).

Die Wirkungen der legitimatio per subsequens matrimonium und per rescriptum auf Seiten des Vaters bestanden darin, dass derselbe über das uneheliche Kind die patria potestas[2]) erlangte, demnach auch alle Rechte, welche aus derselben entsprangen, insbesondere den usufructus, an dem bonum adventitium, das Recht der tutoris nominatio per testamentum, der puppilaris substitutio, des Konsenses zur Eheschliessung, sowie das Recht und die Pflicht zur Erziehung und Ernährung des Kindes, endlich ein Erbrecht gegenüber dem Legitimierten[3]).

Die Wirkungen der legitimatio durch nachfolgende Ehe sind gemeinrechtlich dieselben wie im römischen Recht. Die Kinder erhalten vom Momente der Eheschliessung dieselbe rechtliche Stellung wie wenn sie in dieser Ehe geboren wären. Sie werden der väterlichen Gewalt unterworfen, es sei denn, dass sie einen selbständigen Haushalt (separata oeconomica) haben. Sie erhalten gleichfalls gleiches Alimentationsrecht und gleiche Alimentationspflicht wie die ehelichen Kinder.

[1]) L. 9 cod. de nat. lib. Nov. 89 c. 4.

[2]) § 13 J. de nupt.

[3]) § 2. J. de hered. quae ab intestato.

Handelt es sich um Rechte, bei welchem die Zeit der Geburt zu entscheiden hat (Erstgeburtsrecht), so können die legitimierten Kinder diese Rechte nicht zum Nachteil ehelicher in Anspruch nehmen, welche vor ihrer Legitimation geboren sind[1]). Erbrechtlich sind die Wirkungen dieselben geblieben, wie im römischen Recht. Nur ist gemeinrechtlich bestritten, ob die Legitimation durch nachfolgende Ehe Successionsrechte in Lehen, Stammgüter und Fideikommisse gewährt, soweit nicht Familienstatute oder besondere Gesetze darüber entschieden haben. Das Reichsgericht[2]) hat sich für die Bejahung dieser Streitfrage ausgesprochen und führt zu ihrer Begründung folgendes an:

Zwar enthalte die Aufzeichnung des in Deutschland als gemeinen Rechts geltenden langobardischen Lehnrechts den Ausspruch „Naturales filii, licet postea fiant legitimi ad successionem feudi nec soli nec cum aliis admittuntur“ II Feud. 26 § 11. Die Legitimierten seien hiernach, ohne Unterschied, ob die legitimatio per subsequens matrimonium oder per rescriptum principis erfolgt sei, von der Lehnfolge ausgeschlossen. Die in früherer Zeit häufig verteidigte Meinung, dass nur die durch Reskript Legitimierten[3]) oder gar nur die nach dem Tode des Vaters durch Reskript Legitimierten durch den

[1]) Stobbe, Privatrecht S. 447.

[2]) R. G. E. Bd. 12, S. 239.

[3]) Wilda, Der reichsgräflich Bentinksche Erbfolgestreit S. 301.

angeführten Ausspruch von der Lehnfolge ausgeschlossen seien, steht mit dem Wortlaute desselben in Widerspruch und könne nicht aufrecht erhalten werden.

Ebensowenig sei die in neuerer Zeit aufgestellte Meinung zu billigen, dass unter naturales filii nicht uneheliche, sondern unebenbürtige eheliche Kinder zu verstehen, mithin die Worte licet postea legitimi nicht auf die Legitimierten, sondern auf Standeserhöhung zu beziehen seien [1]).

Lege man bei der Auslegung von II. Feud. 26. § 11 den Sprachgebrauch der römischen Rechtsquellen zugrunde, wozu man vollkommen berechtigt sei, so seien unter naturales uneheliche und zwar mit einer Konkubine erzeugte Kinder zu verstehen [2]). Eine andere Auslegung ergebe sich auch dann nicht, wenn man den Sprachgebrauch der langobardischen Rechtsquellen zugrunde legen wollte.

Wenn auch keinem Zweifel unterliege, dass durch Glossatoren Rechtssätze der libri feudorum als gemeines Recht mit dem römischen in Deutschland aufgenommen worden seien, so liegen doch hinsichtlich des Successionsrechtes der durch die Ehe Legitimierten besondere Gründe vor, an-

[1]) cfr. Dieck in der von Michaelis, Votum über den Reichsgräflich Bentinkschen Erbfolgestreit herausgegebenen Abhandlung. Heft 4. 1848 S. 1—50.

[2]) cfr. Dieck, Litterärgeschichte des langobardischen Lehnrechts S. 121.

zunehmen, dass der hierauf bezügliche Ausspruch in II. Fend. 26 § 11 als gemeines Recht in Deutschland nicht aufgenommen worden sei.

Wie das römische Recht in Deutschland unter Abweichungen aufgenommen worden sei, welche aus dem kanonischen Rechte stammen, so sei auch die Aufnahme des langobardischen Rechts unter dem Einfluss des kanonischen Rechts eine beschränkte gewesen und es sei jener Einfluss insbesondere hinsichtlich des Lehnfolgerechtes der durch die Ehe Legitimierten erkennbar.

Es bedürfe also der Untersuchung, ob Gründe vorhanden seien, anzunehmen, dass die allgemeine Regel des kanonischen Rechts in Deutschland auch bei der Lehnfolge der Legitimierten zu gewohnheitsrechtlicher Geltung gelangt sei.

Solche Gründe seien aber vorhanden. Einerseits sei nicht zu bezweifeln, dass nach der Absicht der Kirche der Grundsatz des c. 6 X qui fil. sint leg. 4,17 allgemein gelten, nicht bloss die Zugehörigkeit der durch die Ehe Legitimierten zur Familie der Eltern begründen, sondern auch ihre Befreiung von jedem Ehrenmakel bewirken und demgemäss das Hindernis ihrer Succession in Lehen beseitigen sollte; was in den bei der Juristenfakultät Jena eingeholtem Urteil des vormaligen Oberappellationsgerichtes zu Oldenburg in dem Reichsgräflich Bentinkschen Sukzessionsstreite aus der Entscheidung der Rota Romana dargetan sei.

Anderseits sei anzunehmen, dass der kanonische Grundsatz bei seiner Aufnahme seitens der weltlichen Gerichte eben in dem Sinne, in welchem er von der Kirche aufgestellt worden, mithin in seinem vollen Umfange zur Geltung gelangt sei. Für die Anwendung desselben auf die Lehnfolge erklären sich die bei der Aufnahme des fremden Rechts einflussreichen Faktoren, nämlich abgesehen von der Geistlichkeit, die Organe des Deutschen Reiches und die rechtsgelehrten Juristen, auf welche die Rechtssprechung nunmehr übergegangen sei.

Dass ferner die Reichsgerichte die durch nachfolgende Ehe Ligitimierten zur Lehnfolge zuliessen, bezeugt in betreff des Reichskammergerichts Mynsinger[1]) in betreffs des Reichshofrats Moser[2]). Dass jemals von den Reichsgerichten im entgegengesetzten Sinne erkannt worden sei, sei nicht bekannt.

Im 16. Jahrhundert habe die Successionsfähigkeit der Mantelkinder im Lehen als sententia communis gegolten. Überhaupt habe dieselbe in jenem Jahrhundert so festen Fuss gefasst, dass viele sogar keinen Anstand nahmen, dem Landesherrn das Recht zur gesetzlichen Sanktionierung der entgegengesetzten Ansicht geradezu abzusprechen und sich selbst nach dem geschehenen Erlasse

[1]) Mynsinger, Obss. Cent. V N. 42

[2]) Moser, Einleitung zum Reichshofratsprozesse Teil 3 S. 271.

solcher Gesetze nach wie vor nicht gegen, sondern für die Mantelkinder zu erklären. Aber auch während des 17. Jahrhunderts habe sich dieselbe Ansicht erhalten und es hätten sich die Rechtsgelehrten jener Zeit gleichfalls beinahe insgesamt für und nur Wenige derselben gegen die Lehnfolgefähigkeit der Mantelkinder ausgesprochen, sondern es sei auch von jenen Letzteren, welche es übrigens meist ausdrücklich zugeben, dass die gemeine Meinung ihnen entgegen stünde, nur die Minderzahl so weit gegangen, dass sie den durch nachfolgende Ehe Legitimierten auch bei wirklich vorkommenden Rechtsfällen von der Lehnssuccession ausgeschlossen wissen wollte. Endlich im 18. Jahrhundert, sei die Zahl der Juristen, die sich fürdie Lehnsfolgefähigkeit der Mantelkinder erklärten, so gross gewesen, dass diejenigen, welche der entgegengesetzten Ansicht den Vorzug geben zu müssen glaubten, der Zahl nach die Vergleichung lange nicht aushielten.

Aus diesen Gründen werden wir wohl die Successionsfähigkeit in Lehen und Stammgüter den Mantelkindern zusprechen müssen. Vor allem hat sich um die Aufklärung dieser Kontroverse Dieck[1]) verdient gemacht, der in einer sehr gründlichen Untersuchung dieser Streitfrage sich gleichfalls für die Bejahung der Sukzessionsfähigkeit der

[1]) Dieck, Beiträge zur Lehre von der Legitimation durch nachfolgende Ehe.

Mantelkinder in Lehn und Stammgüter entschieden hat.

Sehr streitig war im gemeinen Recht die Frage, der Regent durch Reskript auch dann den Legitimierten ein Erbrecht verleihen könne, wenn zur Zeit der Legitimation bereits eheliche Kinder vorhanden waren[1]).

Es existieren hierüber vier verschiedene Ansichten. Nach Manchen hat eine solche legitimatio p. r. p. die vollständigste Wirkung[2]). Andere sind der Ansicht, dass im vorliegenden Falle den ehelich geborenen Kindern der Pflichtteil zum voraus gebühre[3]).

Andere wollen den ehelich geborenen Kindern zwar den Pflichtteil zum voraus nicht gestatten, jedoch den unehelichen Kindern ein Intestaterbrecht nur unter der Voraussetzung gewähren, dass die ehelichen Kinder durch Vermehrung der legitimierten Kinder im Pflichtteil keinen Schaden erleiden[4]).

---

[1]) Nach röm. Recht konnte diese Frage gar nicht entstehn, weil die legitimatio p. r. p. nur dann stattfand, wenn keine ehelichen Kinder da waren.

[2]) Koch, de succ. ab intest § 29.

[3]) Madihn in diss. de legitime natorum portione legit. (Halle 1755).

[4]) Eichmann, Erklär. des bürgerlichen R., Th. 3. Hofacker, pr. jur. civ. T. 1 § 597 not. c.

Endlich gibt es Rechtsgelehrte, welche der Meinung sind, dass den legitimierten Kindern im bemerkten Fall gar kein Erbrecht zustehe[1]).

Die letzte Ansicht wäre wohl die richtigste. Man müsse jedoch wie Glück[2]) behauptet, zwei Fragen hierbei unterscheiden. Erstens, was im Zweifel als mutmasslicher Wille des Regenten anzunehmen sei, und zweitens, ob die Gewalt der Regenten sich soweit erstrecke, dass sie, ungeachtet eheliche Kinder vorhanden seien, uneheliche Kinder auf Ansuchen des Vaters mit Wirkung der Erbberechtigung legitimieren können.

Was die erste Frage anbelangt, so sei im Zweifel immer anzunehmen, dass der Regent dasjenige gewollt habe, was mit dem gemeinen Recht am meisten übereinstimme. Sei daher das Dasein der unehelichen Kinder verschwiegen, so dass die von ihm ausgewirkte Legitimation unter der Klausel, non obstantibus liberis legitimis, nicht erteilt worden sei, so müsse das Reskript als erschlichen angesehen werden und könne den ehelichen Kindern keinen Eintrag tun, da nach der Regel Privilegien ohne Nachteil des Rechts eines Dritten verstanden werden müssen. In betreff der zweiten Frage spreche für deren Bejahung, dass der gesetzgebenden Gewalt unserer Regenten durch die Vorschriften

---

[1]) Pufendorf, obs. 241 § 6. Höpfner, Inst. § 688. Glück, P. B. 2, 317. Makeldey, Lehrbuch § 555.

[2]) Glück, P. Bd. 2, S. 219.

Justinians keine Schranken gesetzt werden könnten, und dass die ehelichen Kinder, solange der Vater lebe, kein Recht auf dessen Erbteil hätten, daher auch durch die Legitimation unehelicher Kinder kein Recht derselben verletzt werde. Es könne ihnen daher nicht einmal ein Anspruch auf den Pflichtteil im voraus zugestanden werden.

Endlich ist noch die Frage zu erwähnen, ob der Regent die aus einem Ehebruche oder aus einem Incest erzeugten Kinder plene legitimieren könne, d. h. dass sie in Ansehung des Vaters ein Erbrecht erhalten.

Die Frage wird im allgemeinen von den meisten Rechtsgelehrten bejaht[1]); diejenigen, die sie verneinen[2]), haben nicht bedacht, dass sich die Gewalt unserer heutigen Regenten nicht nach dem Massstabe des römischen Rechts beurteilen lasse.

Die Wirkung, welche die legitimatio p. s. m. und p. r. p. im gemeinen Recht auf seiten des Vaters hervorbrachte, bestanden erstens darin, dass ihm das Recht der Erziehung des Kindes eingeräumt wurde, ferner nach § 29 des Reichspersonenstandsgesetzes das Recht den Konsenses

[1]) Glück, P. B. 2 S. 336. Höpfner, Inst. 487. Hellfeld jurispr. fr. § 147. Seuffert Archiv Bd. 3 Nr. 65.

[2]) Trütschler, Anweisung zur Abf. rechtl. Aufsätze Th. 1 S. 302. Wirkungen der legitimatio p. s. m. und p. r. p. auf seiten des Vaters.

zur Eheschliessung [1]). Zweitens wurde zwischen dem Vater, dessen Aszendenten und dem legitimierten Kinde eine Alimentationspflicht begründet.

Endlich erlangte der Vater das Recht der tutoris nominatio per testamentum und das Recht der Verwaltung und Niessbrauches am Vermögen (peculium adventitium regulare).

Die Wirkungen der legimatio per subsequens matrimonium hat das allgemeine Landrecht II 2, § 600 nur in Ansehung der ehelichen Nachkommen eines vor der Eheschliessung seiner Eltern verstorbenen Kindes geregelt. Hierin stimmt auch im Resultate das französische Recht Art. 332 und das badische Landrecht überein. Bei der legitimatio per rescriptum principis wird nach allgemeinen Landrecht II 2, § 603—608, nach sächsischen G. B. §§ 1783, 1808, 1841 zwischen dem unehelichen Kinde und dessen Abkömmlingen einerseits und den sonstigen Verwandten des Vaters andrerseits ein Verwandtschaftsverhältnis nur insoweit hergestellt, als die letzteren einzeln bezw. in der Form eines Familienvertrages der Legitimation zugestimmt haben. In erbrechtlicher Beziehung soll nach A. L. R. II § 607, wenn der Vater zur Zeit der Legitimation schon eheliche Deszendenten hatte, und er in der Folge einem derselben nur den Pflichtteil

---

[1]) Nach § 29 des Reichspersonenstandgesetzes bedürfen legitimierte Kinder des Konsenses zur Eheschliessung bis zum 24. bezw. 25. Lebensjahre.

hinterlässt, bei der Berechnung des letzteren das legitimierte Kind nicht mitgezählt werden. Dagegen haben das sächsische G. B. § 2021 und das österreichische G. B. §§ 753, 756 derartige besondere Vorschriften zum Schutze der erbrechtlichen Interessen, insbesondere des Pflichtteilrechtes der zur Zeit der Legitimation bereits vorhandenen ehelichen Abkömmlinge des unehelichen Vaters nicht für erforderlich erachtet.

D) Die Legitimation durch nachfolgende Ehe und die Ehelichkeitserklärung nach dem B. G. B.

§ 8.

Die Legitimation durch nachfolgende Ehe im B. G. B.

Die Legitimation unehelicher Kinder kann wie nach gemeinem Recht, so auch nach B. G. B. in doppelter Weise erfolgen:

Durch nachfolgende Ehe (p. s. m.) und durch Ehelichkeitserklärung (p. r. p.).

Durch nachfolgende Ehe werden nach B. G. B. alle unehelichen Kinder legitimiert, somit auch die incestuosi und adulterini. Jedoch wird eine Legitimation der in Blutschande erzeugten Kinder mit Rücksicht auf die Eheverbote des § 1310 nicht in Betracht kommen. Sollte jedoch entgegen [1]) diesem Verbote die Eheschliessung erfolgt sein, so

[1]) Haidlen, B. G. B. III S. 582.

tritt die Legitimation durch nachfolgende Ehe trotz Nichtigkeit der letzteren nach Massgabe des § 1721 ein, d. h. sofern nicht beide Ehegatten die Nichtigkeit der Ehe beim Abschluss derselben gekannt haben und die Ehe nicht formwidrig abgeschlossen war, werden die vorher geborenen Kinder legitimiert (§ 1699), da dann der Nichtigkeit ungeachtet, die Ehe dem Kinde die rechtliche Stellung des ehelichen Kindes verleiht. Hierfür gibt Boschan[1]) folgendes Beispiel: Der Vater eines unehelichen Kindes hat mit dessen Mutter die Ehe geschlossen, später ist aber die Ehe für nichtig erklärt, weil der Ehemann, was er bei der Eheschliessung verschwiegen hatte, noch in einer anderen gültigen Ehe lebte. In diesem Falle steht das Kind bis zur Eheschliessung seiner Eltern unter Vormundschaft, von da ab tritt es in die elterliche Gewalt der Mutter (§ 1701 S. 2), da der Vater die elterliche Gewalt nicht erwerben konnte und die von ihm in Ausübung der elterlichen Gewalt etwa vorgenommenen Rechtshandlungen nichtig sind. Nach dem Tode der Mutter tritt das Kind wieder unter Vormundschaft. Die Legitimation der in Ehebruch erzeugten Kinder findet insoweit eine Schranke, als das im § 1312 bestimmte Eheverbot wegen Ehebruchs reicht; doch kann von demselben dispensiert werden (§ 1312 Abs. 1 § 1322). Die Legitimation tritt freilich nicht ein, wenn der Ehe-

[1]) Boschan, Das Eltern- und Vormundschaftsrecht, S. 106.

mann die Anfechtung des in Ehebruch von seiner Frau erzeugten Kindes unterliess und die Frau nach Auflösung ihrer Ehe den Ehebrecher heiratete, denn nach unantastbarer gesetzlicher Fiktion gilt dann das Kind als von dem ersten Ehemann empfangen[1]).

Ist die Eheschliessung erfolgt, so äussert die Legitimation durch nachfolgende Ehe, sofern diese sonst gültig ist, ihre vollen Wirkungen nach Massgabe der § 1719.

Die Legitimation eines unehelichen Kindes bezieht sich bloss auf solche Kinder, welche schon vor der Eheschliessung ihrer Eltern geboren sind. Ist ein Kind vor der Eheschliessung bereits erzeugt, aber erst nach der Eheschliessung geboren worden, so wird dasselbe durch die Eheschliessung nicht legitimiert. Es hat nicht die rechtliche Stellung eines ehelichen, sondern es ist ein eheliches Kind.

Auch der Umstand steht der Legitimation durch nachfolgende Ehe nicht im Wege, dass das Kind vor der Eheschliessung seiner Eltern als ein eheliches Kind des Vaters erklärt oder von demselben oder einem Dritten an Kindes Statt angenommen worden ist, da die Wirkungen der Legitimation durch nachfolgende Ehe weiter reichen und das Kind günstiger stellen als eine Adoption und Ehelichkeitserklärung. Dagegen ist die Legitimation durch nachfolgende Ehe dann ausgeschlossen, wenn

[1]) Dernburg, B. R. IV 7, 295.

das Kind vor der Eheschliessung zwischen seinen Eltern bereits als eheliches Kind eines Dritten erklärt oder durch die Eheschliessung seiner Mutter mit einem anderen bereits legitimiert ist, weil hier die Vaterschaft des Dritten in unanfechtbarer Weise (§ 1735) festgestellt worden ist. Haben z. B. A und B mit der Mutter eines unehelichen Kindes innerhalb der Empfängniszeit geschlechtlichen Verkehr gepflogen, so erlangt das Kind durch die Eheschliessung zwischen A und seiner Mutter die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes dieser Personen. Heiratet die Mutter nach Auflösung ihrer Ehe den B, so kann das Kind nicht auch die rechtliche Stellung eines Kindes des nunmehrigen Ehegatten erlangen. Dagegen wird die Legitimation der nachfolgenden Ehe nicht dadurch ausgeschlossen, dass die uneheliche Mutter zunächst einen anderen als den Vater des Kindes heiratet, auch wenn derselbe dem Kinde seinen Namen gab, falls nach Auflösung jener Ehe sich die Mutter und der Erzeuger des Kindes rechtgültig verheirateten [1]).

Die Legitimation durch nachfolgende Ehe setzt ferner voraus, dass die Ehe, die zwischen den Eltern des Kindes geschlossen ist, gültig ist. Ist die Ehe der Eltern des unehelichen Kindes nichtig, so kommen die Vorschriften über die rechtliche Stellung der Kinder aus nichtigen Ehen zur An-

[1]) Dernburg, B.R. 4 Bd., Halle 1903, S. 295.

wendung[1]). Die rechtliche Stellung dieser Kinder ist dieselbe, wie wenn sie während der Dauer der Putativehe geboren worden wären. Ist daher die wegen Formmangels nichtige Ehe nicht in das Heiratsregister eingetragen, so bleibt das Kind unehelich. Ist dagegen die Eintragung der nichtigen Ehe ins Heiratsregister erfolgt, so ist zu unterscheiden, ob beiden Eltern die Nichtigkeit der Ehe in diesem Zeitpunkt bekannt, so bleibt das Kind ebenfalls unehelich[2]). War dagegen die Nichtigkeit auch nur einem Ehegatten unbekannt, so erlangt das Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes.

Willenserklärung der Ehegatten und des Kindes ist bei der Legitimation der nachfolgenden Ehe nicht erforderlich und entgegenstehende Willenserklärung kann die Wirkung nicht hindern, da mit dem Augenblicke der Eheschliessung die Wirkungen der Legitimation durch nachfolgende Ehe ipso iure eintreten[3]).

Als weitere Voraussetzung der Legitimation durch nachfolgende Ehe ist erforderlich, dass die natürliche Vaterschaft des nachherigen Ehemannes feststeht. Aus der Heirat mit der Mutter des unehelichen Kindes allein ist sie nicht zu folgern. Sie bedarf vielmehr des Beweises und zwar

[1]) § 1699–1704 B.G.B.

[2]) § 1703 B.G.B.

[3]) Matthiass Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II. Bd. Berlin 1899, S. 296.

normalerweise durch einen Prozess zwischen Kind und Eltern[1]). Doch kann sie gegenüber Behörden auch in anderer Weise, namentlich durch öffentliche Anerkennung des Vaters zur Überzeugung gebracht werden. Dies dem Vormundschaftsgericht und dem Standesbeamten gegenüber[2]).

Zur Erleichterung des Beweises stellt der § 1720 zwei Vermutungen auf.

Die erste im Abschnitt 1 aufgestellte Vaterschaftsvermutung geht dahin, dass der Ehemann der Frau, wenn er ihr innerhalb der in § 1717 Abschnitt 2 bestimmten Empfängniszeit beigewohnt hat, als Vater des Kindes gilt. Als Empfängniszeit gilt die Zeit vom 181. und 302. Tage der Geburt des Kindes, mit Einschluss sowohl des 181. und 302. Tages (§ 1717 Abschnitt 2). Im Gegensatz zu partikulären Gesetzgebungen, welche davon ausgehen, dass die Gründe, welche für eine bestimmte Ausdehnung der Empfängniszeit bei ehelichen Kindern massgebend sind, bei unehelichen

---

[1]) Dernburg, B. R. 4. B., S. 295 ff. Die blosse Anerkennung eines vorehelichen, durch nachfolgende Ehe legitimierten Kindes hat keine konstitutive Wirkung und lässt den Gegenbeweis zu. Trotz solcher Anerkennung hat deshalb das Kind ein rechtliches Interesse daran, dass sein Geburtsstand in sicherer auch dritten, wie es vergl. § 643 C. P. O. erkennbarer Weise, allein durch einen Rechtsstreit gegen die Eltern geschehen kann, festgestellt werde. R. G. vom 30. 5. 1902 in D. Jur. Zeit. 1903 S. 384.

[2]) Dernburg, B. R. 4. Bd., S. 295 ff.

Kindern weniger ins Gewicht fallen, hat das B. G. B. davon Abstand genommen, die Empfängniszeit bei unehelichen Kindern kürzer zu bemessen als bei ehelichen, vielmehr eine gleiche Frist bei beiden festgesetzt. Die Zulässigkeit der exceptio plurium concumbentium und die Möglichkeit zum Beweise derselben die Beschaffenheit des Kindes zur Zeit der Geburt zu verwerten, haben dieser gleichen Behandlung ihre Bedenken genommen und ausserdem sprach für dieselbe, dass bei der Legitimation durch nachfolgende Ehe doch die für die ehelichen Kinder massgebende Empfängniszeit angewendet werden müsste [1]).

Diese Vaterschaftsvermutung kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass es den Umständen offenbar unmöglich ist, dass die Mutter das Kind aus der Beiwohnung empfangen hat. Der Ehemann kann nicht die Einrede machen, dass die Mutter während der kritischen Zeit auch mit anderen verkehrt hat. Als Grund für diese Bestimmung geben die Motive S. 927 an, dass der Ehemann in der Lage ist, sich über die Mutter des Kindes zu erkundigen, und falls er sich von seiner Vaterschaft nicht überzeugen kann, von der Eheschliessung abzustehen; wie häufig wird er aber nicht getäuscht werden und erst nach der Heirat von dem früheren Lebenswandel seiner Frau erfahren. Dann ist freilich Möglichkeit gegeben, die

[1]) Motive S. 891

Ehe nach § 1333 B. G. B. anzufechten, allein die Wirkungen der Legitimation bleiben nach § 1721 B. G. B. davon unberührt, da der fraglichen Ehe in diesem Falle der Charakter einer Putativehe immer zukommt. Die exceptio plurium ist auch dann ausgeschlossen, wenn ein anderer seine Vaterschaft in öffentlicher Urkunde anerkannt hat oder als unehelicher Vater des Kindes rechtskräftig verurteilt worden ist, ja selbst dann, wenn der eigene Ehemann in einem grösseren Alimentprozesse die exceptio plurium concumbentium geltend gemacht hat.

Zu dieser Vaterschaftsvermutung tritt als Unterstützung die im § 1720 Abschnitt 2 aufgestellte Beiwohnungsvermutung hinzu, wenn der Ehemann seine Vaterschaft nach der Geburt des Kindes in einer öffentlichen Urkunde anerkannt, z. B. wenn er das Kind bei der Eheschliessung oder bei Anzeige der Geburt vor dem Standesbeamten anerkennt und diese Eintragung macht [1]). Dass diese Anerkennung

---

[1]) Badische Rechtspraxis 69. Jahrg. No. 5 S. 70. „Anerkennung unehelicher Kinder".

Nach Frw. Gb. § 167 Abs. 2 sind für die Aufnahme dieser im § 1718, § 1720 B. G. B. vorgesehenen öffentlichen Urkunde ausser den A. G. und Notaren, auch die Standesbeamten, welche die Geburt des Kindes oder die Eheschliessung der Eltern beurkunden, dann zuständig, wenn die Anerkennung der Vaterschaft bei der Anzeige der Geburt oder bei der Eheschliessung erfolgt.

Dem tritt nunmehr Grüninger in Bad. R.-Prax. S. 53 mit der Ausführung entgegen, dass die Anerkennung auch nach der Geburtsanzeige vor dem Standesbeamten erfolgen

auch im Testament erfolgen kann, hat das Bayrische Oberste Landesgericht mit Beschluss vom 26. Juni 1902 ausgesprochen[1]). Diese Anerkennung der Vaterschaft durch den Ehemann hat die Bedeutung, dass durch diese Vermutung begründet wird, der

---

könne, unter Berufung auf Dorner Frw. Gb. Anm. 7 zu § 167.

An der zitierten Stelle legt Dorner dar, dass der neben § 167 in Kraft gebliebene § 25 des Personenstandgesetzes nach bisheriger Praxis dem Standesbeamten des Geburtsregisters die Entgegennahme der Anerkennungserklärung zum Register nach der Geburt des Kindes gestatte, dass der Wortlaut des § 167 der Beibehaltung dieser Auslegung des § 25 nicht zwingend entgegenstehe und dass hiernach eine solche nachträgliche Beurkundung des Standesbeamten als „öffentliche Urkunde im Sinne des § 1718, 1720 Abs. 2" zu gelten habe. Nur auf die letzte Behauptung Dorners kommt es vorwiegend an, da es sich an der von Grüninger bemängelten Stelle nur um die Anerkennung im Sinne von § 1718 handelt. Gerade diese Behauptung Dorners hat inzwischen gewichtigen Widerspruch erfahren. In Plancks Komm. Bd. 54 S. 473 Note 5 ist gegen Dorner angeführt, dass zwar jene nachträgliche Beurkundung im Geburtsregister auf Grund des Personenstandgesetzes auch fernerhin zulässig bleibe, dass aber die formelle Wirkung des § 1718, 1720 Abs. 2 nur einer unter Voraussetzung von Frw. Gb. § 167 Abs. 2 stattgehabten Beurkundung zukomme.

Diese Auffassung, welche eine derartige nachträgliche Anerkennung keineswegs jeder Rechtswirksamkeit entkleidet, sondern sie nur auf die Bedeutung als Beweismittel für die Möglichkeit der Vaterschaft beschränkt, scheint auch allein mit den Worten des § 167 vereinbar. Die von Planck aufgenommene Vereinigung beider Gesetzesstellen beseitigt diesen Widerspruch.

[1]) Recht, 7. Jahrg. No. 13, 1903, Jacubezky, „Die rechtliche Stellung des Kindes bei der Vaterschaftsanerkennung, S. 326.

Ehemann habe während der Empfängniszeit der Mutter beigewohnt [1]).

Diese Rechtsvermutung ist eine praesumptio iuris, der Gegenbeweis wird unbeschränkt zugelassen. Der Ehemann sowie jeder dritte kann den Eintritt der Legitimation bestreiten, selbst wenn ersterer das Kind in einer öffentlichen Urkunde anerkannt hat. Es muss dann nachgewiesen werden, dass der Ehemann seiner Frau während der Empfängniszeit nicht beigewohnt hat oder dass das Kind aus einer Beiwohnung von ihm nicht herstammen kann. Gleichgültig ist es auch hierbei [2]), ob der Anerkennende bei der Ausstellung wusste, dass die Mutter mit anderen Männern geschlechtlich Umgang gehabt hat, oder ob ihm die Tatsache erst im späterem Zeitraum bekannt geworden ist.

Die Anerkennung ist, wie Dernburg [3]) sagt, eine einseitige Willenserklärung, empfangsbedürftig ist sie nicht. Sie kann nur von Personen vorgenommen werden, welche sich im Besitze der Geschäftsfähigkeit befinden. Sie ist wie andere Willenserklärungen anfechtbar wegen Irrtums, Drohung, Täuschung [4]), namentlich betrifft ein Irrtum über die Vaterschaft zweifellos eine wesent-

---

[1]) Windscheid III § 522 S. 88. R. G. E. XXII 46. Motive IV 925.

[2]) Fuld, Rechtsstellung unehelicher Kinder nach B.G.B. S. 556 in der Zeitschrift f. französisches Zivilrecht.

[3]) Dernburg, B.R. IV. B., 2. Auflg., S. 246.

[4]) § 119 B.G.B. ff.

liche Eigenschaft der Person des Kindes. Die Anfechtbarkeit wegen arglistiger Täuschung ist hier deswegen ohne Bedeutung, weil die Vermutung durch einen einfachen Gegenbeweis widerlegt werden kann [1]). Unter Bedingungen oder Zeitbestimmungen kann die Anerkennung ihrer Natur nach nicht erfolgen.

Die Anerkennung kann vor oder nach der Eheschliessung erfolgen, jedoch nicht vor der Geburt des Kindes. Sie braucht weder dem Kinde noch der Mutter gegenüber zu geschehen. Durch den Tod des Kindes oder durch Auflösung der Ehe wird sie nicht ausgeschlossen.

Greifen diese gesetzlichen Vermutungen nicht Platz, so kann die natürliche Vaterschaft des Ehemanns mit den gewöhnlichen Beweismitteln dargetan werden. Hierher können formlose Anerkenntnisse des Ehemannes in Betracht kommen also auch mündlich oder stillschweigend abgegebene. Es kann daher ausreichen, dass der Ehemann das Kind stets als das seine behandelte und dass er es nach seinem Namen benennen liess [2]).

Der Legitimation des Kindes durch nachfolgende Ehe steht die bereits vorgenommene Ehelichkeitserklärung nicht entgegen.

Wie das K. G. ausgeführt hat, erlangt ein uneheliches Kind durch eine nach dem 1. 1. 00 er-

[1]) Das Recht, VII. Jahrg., No. 13, S. 327.

[2]) Dernburg, B. R. Bd. IV, S. 295.

folgte Anerkennung, wenn sie zu einer vor dem 1. 1. 00 geschlossenen Ehe hinzutritt, die Stellung eines ehelichen Kindes nicht, weil seit dem 1. 1. 00 die Stelluug eines ehelichen Kindes nur durch einen vom B.G.B. vorgesehenen Rechtsakt erlangt werden kann[1]).

Die Wirkung der Legitimation durch nachfolgende Ehe besteht darin, dass das Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen erlangt mit allen sich daran knüpfenden Folgen[2]). Es tritt als ehelicher Abkömmling in die Familie des Vaters ein, erhält den Familiennamen des Vaters und zwar gleichmässig bei einer durch nachfolgende Ehe wie durch Ehelichkeitserklärung erfolgende Legitimation mit deren Vornahme ohne Weiteres[3]) und erwirbt die Staatsangehörigkeit des

---

[1]) Jahrbuch des Deutschen Rechts I. T. S. 148.

[2]) Dernburg, B. R. B. IV Anmerkung 10.

Die Änderung, welche der Personenstand des Kindes durch die nachfolgende Ehe erfährt, ist auf Antrag eines Beteiligten, der den bezüglichen Vorgang durch öffentliche Urkunden nachzuweisen hat, im Geburtsregister zu vermerken. § 26 Personenstandgesetz. Erkennt der Vater bei der Eheschliessung mit der Mutter des unehelichen Kindes seine Vaterschaft an, so ist diese Anerkennung in die Heiratsurkunde mit zu beurkunden; § 15 der Verordnung des Bundesrates vom 25. März 1899. Wird erwiesen, dass die Anerkennung des Kindes wahrheitswidrig war, so ist die auf Grund der Anerkennung erfolgte Eintragung ins Personenstandsregister im Wege des Berichtigungsverfahrens (§§ 65. 66 Personenstandgesetz, §§ 69, 70 F. G. G.) zu berichtigen. Kammergericht in Rechtspr. des O. L. G. Bd. 3 S. 399.

[3]) Diese Wirkung tritt auch dann ein, wenn die Ehelichkeit des Kindes von dem ersten Manne der Mutter mit Erfolg bestritten wurde und die Mutter nach Auflösung ihrer ersten

letzteren (Bundesges. vom 1. Juni 1870 §§ 4, 13 Ziff. 4). Eine bestehende Vormundschaft über dasselbe hört durch die Eheschliessung der Eltern nicht von selbst auf, sondern dauert bis zur Feststellung der Vaterschaft durch rechtskräftiges Urteil oder bis zur Aufhebung der Vormundschaft durch das Vormundschaftsgericht § 1883. Letzteres muss geschehen, sobald das Vormundschaftsgericht die Voraussetzungen der Legitimation nach richterlichen Ermessen für vorhanden erachtet. Die Anordnung soll aber solange der Ehemann lebt, nur erfolgen, wenn er die Vaterschaft anerkannt hat oder an der Abgabe einer Erklärung dauernd verhindert oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist. Möglich ist also eine zwiefache Vertretung des Kindes, welche allerdings in arge Kollision geraten kann. Ferner steht den Eltern das Erziehungsrecht, gegenseitige Unterhaltspflicht und die Notwendigkeit der Zustimmung zur Eheschliessung des Kindes zu. Ferner wird durch die Legitimation durch nachfolgende Ehe ein wechselseitiges Erbrecht begründet. Auch den Wohnsitz [1]) des Vaters teilt das Kind von nun an, mit der Ausnahme, dass

---

Ehe durch Scheidung oder durch Tod des ersten Mannes den natürlichen Vater des Kindes heiratet. Jahrbuch des Deutschen Rechts 1. Jahrgang S. 148.

[1]) Mandry Geib, der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze 4. Aufl. Freiburg i. B. 1898 § 55 IV S. 609. Im Reichsgesetz vom 6. VI. 1870 bezw. vom 12. III. 1894 über den Unterstützungswohnsitz sind unter den „den ehelich ge-

eine Änderung in dieser Beziehung nicht mehr stattfindet, wenn die Eheschliessung der Eltern erst nach eingetretener Volljährigkeit erfolgt. Die Mutter insbesondere erlangt die Rechte einer ehelichen Mutter und kann daher nach §§ 1684, 1685 die elterliche Gewalt erwerben, während ihr dies vorher nach § 1707 unmöglich war. Ferner wird das legitimierte Kind auch mit den Verwandten seines Vaters verwandt. Ist ein Rechtserwerb von dem Alter des ehelichen Kindes abhängig gemacht, so gilt das vor der Legitimation ehelich geborene Kind eines Elternteils als älter wie das legitimierte, wenngleich es im Lebensalter jünger ist, was für das Anerbenrecht praktisch werden kann [1]).

Die Rechtswirkungen jedoch treten erst mit dem Moment der Eheschliessung für die Zukunft ein. Es gilt der Satz: Dies nuptiarum est dies conceptionis et nativitatis legitimae. Die Legitimation wirkt also nicht bis zur Zeit der Geburt des Kindes zurück. An und für sich müsste daher das Kind, damit die Wirkungen der Legitimation eintreten, den Zeitpunkt der Eheschliessung erleben. Nach ausdrücklicher Vorschrift hat jedoch die Eheschliessung zwischen den Eltern für die Abkömmlinge des unehelichen Kindes die Wirkungen der

---

setzlich gleichstehenden" Kindern, welche den Unterstützungswohnsitz des Vaters ev. der Mutter teilen § 18, die legitimierten Kinder mitverstanden.

[1]) Spahn, Verwandtschaft und Vormundschaft S. 26.

Legitimation auch dann, wenn das Kind vor der Eheschliessung gestorben ist § 1722 z. B. [1]). Das uneheliche Kind, ein Sohn A. geht eine Ehe ein, der Kinder B., C. entspringen, A. stirbt und nach seinem Tode heiratet die Mutter des A. ihren unehelichen Schwängerer D. Dadurch erhält A. und seine Nachkommen B., C. die rechtliche Stellung als eheliche Abkommen des D. B. und C. erhalten demgemäss den Namen des D. und haben als seine Enkel gegen ihn auch ein Erbrecht. Ist das Kind verheiratet oder schliesst ein Elternteil später eine neue Ehe, so begründet die Legitimation auch das Rechtsverhältnis der Schwägerschaft. Die Wirkungen der Legitimation durch nachfolgende Ehe erstrecken sich dagegen nicht auf die uneheliche Deszendenz eines vorverstorbenen Sohnes, ferner nicht auf ehelich erklärte oder angenommenen Kinder. §§ 1737, 1763 B. G B.

Inwieweit der Legitimierte den Stand und insbesondere den Adel des Vaters erlangt bestimmen die Landesgesetze [2]). Über die Successionsfähigkeit der so Legitimierten in Lehen-, Fidei-

---

[1]) W. Beringer. Das uneheliche Kind und seine Mutter, ihre Ansprüche gegen den unehelichen Vater, Legitimation des unehelichen Kindes, dargestellt und B. G. B. unter Berücksichtigung des französischen Rechts. Metz 1903 S. 73.

[2]) Nach preussischem Recht erlangt der durch nachfolgende Ehe Legitimierte den Adel des Vaters, A. L. R. II 2 § 5.

kommiss- und Stammgüter entscheiden in erster Linie die Stiftungsurkunde, in zweiter die Landesgesetze [1]).

§ 9.

Die Ehelichkeitserklärung.

Die aus dem römischen Recht stammende dem gemeinen Recht nicht fremde legitimatio per rescriptum principis hat im B. G. B. ebenfalls Aufnahme gefunden [2]), aber ihr Verhältnis zur Legitimation durch nachfolgende Ehe mancherlei Änderungen erfahren. Die legitimatio per rescriptum principis sollte als Surrogat der legitimatio p. s. m. für die Fälle dienen in welchen die Eheschliessung des Vaters mit der Mutter unmöglich, z. B. durch Geisteskrankheit, Verschollenheit, Tod der Mutter, oder dem Vater aus anderen Gründen nicht zugemutet werden konnte. Im bürgerlichen Gesetzbuch stehen jedoch beide gleichberechtigt nebeneinander. Dabei darf nicht übersehen werden, dass die legitimatio p. r. p. eine Gnadensache war und noch ist, die nach B. G. B. sogar versagt werden kann, wenn ihr auch kein gesetzliches Hindernis im Wege steht. Ebensowenig ist sie auch durch

[1]) Dernburg, B. R. IV S. 298 Anm. 14. Soweit die Fideikommissordnung nichts anderes enthält, sind nach preussischem Recht die durch nachfolgende Ehe Legitimierten bezüglich der Familienfideikommisse successionsfähig.

[2]) Motive IV 930.

das Nichtvorhandensein ehelicher Descendenz des Vaters bedingt.

Die Ehelichkeitserklärung setzt voraus Unehelichkeit des zu legitimierenden Kindes und die Vaterschaft desjenigen, dessen Kind für ein eheliches erklärt werden soll. Sie ist daher ausgeschlossen, wenn ein Kind zwar in Wirklichkeit ein uneheliches Kind ist, aber nach den Vorschriften über die eheliche Abstammung (§§ 1593 bis 1598) als ein eheliches Kind gilt[1]). Dies ist z. B. der Fall bei den von einer Ehefrau geborenen Kindern, wenn der Ehemann von seinem Anfechtungsrechte keinen Gebrauch macht. Auch dann ist die Ehelichkeitserklärung ausgeschlossen, wenn das Kind vorher auf Grund einer Legitimation durch nachfolgende Ehe oder durch Ehelichkeitserklärung seitens eines anderen die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes erlangt hat, weil das Kind nicht mehrere Väter haben kann.

Dagegen steht die Annahme an Kindesstatt durch den Vater oder einen dritten, sowie die Feststellung der Vaterschaft eines dritten durch Anerkenntnis oder Urteil der Ehelichkeitserklärung nicht entgegen. Das Kind behält auch nach der Ehelichkeitserklärung den Namen seines Adoptivvaters bei. Bei Auflösung des Adoptivverhältnisses erhält

---

[1]) Motive IV. 590.

es den Namen desjenigen, welcher es für sein eheliches Kind hat erklären lassen [1]).

Wie das gemeine Recht erfordert das B. G. B. zur Ehelichkeitserklärung eines unehelichen Kindes einen hierauf gerichteten Antrag des Vaters, welcher die ausdrückliche Erklärung enthalten muss, dass er das Kind als das seinige anerkenne (§ 1725). Fehlt diese Erklärung des Vaters, so darf die Ehelichkeitserklärung nicht erfolgen. Erfolgt sie gleichwohl, so ist sie unwirksam. Der Antrag ist eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung dahingehend, dem Kinde die rechtliche Stellung eines ehelichen einräumen zu wollen, eine Willenserklärung, zu der freilich als Bestätigung und als Akt freier Gnade die Verfügung der Staatsgewalt hinzukommen muss [2]). Gemäss § 1728 Absatz 1 kann der Antrag nicht durch einen Vertreter erfolgen. Die Ehelichkeitserklärung ist ausgeschlossen, wenn der Vater geschäftsunfähig ist. Ist er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er zu dem Antrag ausser der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Der Antrag muss aber in diesem Falle vom Vater persönlich gestellt werden. Auf die Wirksamkeit der Ehelichkeitserklärung ist es ohne Einfluss, wenn der Antragsteller nicht der Vater des Kindes ist [3]),

[1]) Süssheim im Jahrbuch des Deutschen Rechts I J. S. 148.

[2]) cfr. Motive S. 934 und 938.

[3]) § 1735 B. G. B. Nach Knitschky S. 52 greift diese Annahme auch dann Platz, wenn der Antragsteller bewusst wahrheitswidrig das Kind als das seinige anerkannt hat. Man

z. B. wenn der Vater in Konzeptionszeit der Mutter des legitimierten Kindes beigewohnt, es sich aber als offenbar unmöglich herausstellte, dass das Kind aus dieser Beiwohnung herrühren könne. Das Kind hat dann seine Rechte gegen den wirklichen unehelichen Vater verloren. Wann die mit der Ehelichkeitserklärung betraute Behörde die uneheliche Vaterschaft als vorhanden annehmen will, ist Sache ihres freien Befindens; die Rechtsvermutungen binden sie natürlich nicht; der Umstand, dass ausser dem Antragsteller der Kindes-Mutter noch ein anderer beigewohnt hat, ist ohne Ausschlag gebende Bedeutung. In keinem Falle auch nicht beim strikten Beweis der unehelichen Vaterschaft besteht ein Anspruch auf Vollzug der Ehelichkeitserklärung. § 1734[1]). Der Antrag und die Einwilligungserklärung bedürfen zu ihrer Gültigkeit der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, sie sind höchstpersönlicher Natur und können daher nicht durch einen Vertreter im Willen erfolgen. § 1728 Abs. 1.

Im Gegensatz zur Legitimation durch nachfolgende Ehe fordert die Ehelichkeitserklärung die Zustimmung des Kindes. Ist dasselbe geschäftsunfähig oder hat es das 14te Lebensjahr noch nicht

muss gegen diese Ansicht einwenden, dass eine derartige Handlung als Unterdrückung des Personenstandes nach § 169 B. G. B. strafbar wäre, der Antrag also in diesem Falle nach § 134 bezw. 138 B. G. B. als nichtig angesehen werden müsste.

[1]) Archiv f. d. civ. Praxis 95. Bd. S. 123 ff.

vollendet, so kann sein gesetzlicher Vertreter die Einwilligung mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erteilen (§ 1728, 2). Der Widerspruch des noch nicht 14jährigen Kindes hindert gesetzlich nicht die Ehelichkeitserklärung, da der gesetzliche Vertreter die Einwilligung erteilen kann; das Gericht wird dem Widerspruch unter Umständen Bedeutung beilegen [1]).

Ist dagegen das Kind mehr als 14 Jahre alt aber noch nicht volljährig oder für volljährig erklärt, oder aus irgend einem anderen Grunde als wegen Minderjährigkeit in der Geschäftsfähigkeit beschränkt (§§ 106, 114 B. G. B.), so ist ausser seiner eigenen Einwilligung auch die Zustimmung, seines gesetzlichen Vertreters und die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich (§ 1729 Abs. 1, 2).

Wegen der Zurückdrängung der Stellung der Mutter durch die Begründung der Rechte des ehelichen Vaters ist nötig die Einwilligung der Mutter des Kindes, wenn dasselbe nicht das einundzwanzigste Lebensjahr vollendet hat (1726 Abs. 1 [2]). Nach vollendetem 21. Lebensjahre ist die Einwilligung des Kindes notwendig (§ 1726); die seiner Mutter ist von diesem Zeitpunkt an entbehrlich. Nach dem Entwurfe des B. G. B. war die

---

[1]) Schultheis 166 in Jahrbuch des Deutschen Rechts 1. Jahrg. S. 149.

[2]) Windscheid Pand. VIII. Aufl. 1901 S. 90.

gesetzliche Festlegung der Notwendigkeit der mütterlichen Zustimmung überhaupt abgelehnt worden, da sie den geltenden Partikularrechten fremd war und ein Bedürfnis nach einer Änderung in dieser Hinsicht nicht bestand. Nach der nunmehrigen Fassung des B. G. B. hat das für ehelich zu erklärende Kind seine Einwilligung in gerichtlicher oder notarieller Form abzugeben (§ 1730). Hat die Mutter ihre Zustimmung erteilt, bevor das Kind das 21. Lebensjahr vollendete, so kann das für ehelich erklärte Kind nach jenem Zeitpunkt einen Widerruf der Zustimmung nicht vornehmen (§ 1726 Abs. 2). Fällt die Antragstellung auf Ehelichkeitserklärung vor der Vollendung des 21. Lebensjahres, so bedarf es einer Zustimmung des Kindes dann, wenn die Ehelichkeitserklärung nicht ebenfalls vor Erreichung dieser Altersgrenze stattgefunden hat [1]). Ist die Mutter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist deren Einwilligung genügend (§ 1726 Abs. 1). Die Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters und die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist nicht erforderlich (§ 1748 Abs. 2 S. 2).

Die Einwilligung der Mutter des Kindes ist jedoch nicht erforderlich, wenn dieselbe zur Abgabe der Erklärung dauernd ausser stande ist oder wenn ihr Aufenthalt dauernd unbekannt ist (§ 1726 Abs. 3). Ist jedoch bei der Ehelichkeitserklärung

[1]) Gruchot's Beiträge 6. Folge (45) S. 70.

mit Unrecht angenommen worden, dass die Person zur Abgabe der Erklärung dauernd ausser stande sei bezw. ihr Aufenthalt dauernd unbekannt sei und von dem sonst unentbehrlichen Erfordernis ihrer Einwilligung abgesehen worden, so ist diese irrige Voraussetzung auf die Wirksamkeit der Ehelichkeitserklärung ohne Einfluss (§ 1735).

Wird die Einwilligung von der Mutter des Kindes verweigert, so kann sie auf Antrag des Kindes durch das Vormundschaftsgericht dann ersetzt werden, wenn das Unterbleiben der Ehelichkeitserklärung dem Kinde zum unverhältnismässigen Nachteil gereichen würde § 1727. Ob dies der Fall ist, hat das Vormundschaftsgericht nach freiem Ermessen zu entscheiden [1]). Es genügt nicht, dass das Unterbleiben der Ehelichkeitserklärung das Interesse des Kindes gefährden würde oder, dass die Ehelichkeitserklärung in offenbarem Interesse des Kindes liegt, da das Erfordernis der Einwilligung der Mutter in deren eigenem Interesse aufgestellt ist [2]). Die Einwilligung darf nur dann ersetzt werden, wenn der für das Kind entstehende Nachteil ein unverhältnismässig grosser ist.

Ist der Vater des unehelichen Kindes verheiratet[3]), so bedarf es auch zur Ehelichkeitserklärung der

[1]) Staudinger, Comm. z. B. G. B. IV S. 532 cfr. § 1304 Abs. 3, § 1308 Abs. 1, § 1337 Abs. I S. 2.

[2]) Protokolle IV 709.

[3]) § 1726, Abs. 1.

Einwilligung seiner Frau, obgleich das für ehelich erklärte Kind der Frau gegenüber keine Rechte und Pflichten erlangt[1]). (§ 1737, Abs. 1, S. 2.) Es ist dieses Erfordernis durch die Rücksicht auf das Interesse und das sittliche Wesen der Ehe geboten[2]). Es widerstreitet dem sittlichen Grundgedanken der letzteren, wenn es dem Ehemann gestattet sein sollte ohne die Einwilligung der Ehefrau sein natürliches Kind in der rechtlichen Stellung eines ehelichen in die Familiengemeinschaft aufzunehmen. Überdies kommt in Betracht, dass unter Umständen durch die Legitimation in das gesetzliche Erbrecht der Ehefrau zum Nachteil der letzteren eingegriffen wird. Ist die Frau des Vaters in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so genügt deren Einwilligung. § 1726, Abs. 1. Der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf es in diesem Falle nicht. Knitschky behauptet, dass für die Gültigkeit der Ehelichkeitserklärung nach § 184 B.G.B. genüge, wenn die Einwilligung eines der Beteiligten nachträglich erteilt werde, was freilich nur bei einem Versehen der Behörde vorkommen könne[3]). Dies ist jedoch unrichtig, denn es handelt sich hierbei nicht um eine Zustimmung zu einem Rechtsgeschäfte, sondern um selbständige Voraussetzungen der Gültigkeit einer staatlichen Verfügung.

[1]) Fischer, Henle, B.G.B. § 1726, Anm. 4.

[2]) Motive IV, S. 941.

[3]) Knitschky, Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kind. S. 48.

Die Einwilligung der Frau ist jedoch nicht erforderlich, wenn sie zur Abgabe der Erklärung dauernd ausser Stande ist, beziehungsweise ihr Aufenthalt unbekannt ist. § 1726, Abs. 3. Die Einwilligungserklärung des Kindes seiner Mutter und der Frau des Vaters bedürfen gerichtlicher oder notarieller Beurkundung. § 1730. Die Einwilligung wird dem Vater oder der zuständigen Verwaltungsbehörde gegenüber erklärt und ist unwiderruflich. § 1726, Abs. 3[1]).

Ist der Antrag des Vaters oder die Einwilligung des Kindes, seiner Mutter oder der Frau des Vaters wegen Irrtums, arglistiger Täuschung oder Drohung anfechtbar, so gelten für die Anfechtung sowie für die Bestätigung der anfechtbaren Erklärung die Vorschriften über die Anfechtbarkeit und Bestätigung anfechtbarer Willenserklärungen[2]).

Es fragt sich nun wem gegenüber die Anfechtung des Antrages oder der Einwilligung zu erfolgen hat. Sie erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner. § 143, Abs. 1. Anfechtungsgegner ist bei der Anfechtung des Antrages jeder, der auf Grund der Ehelichkeitserklärung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat also insbesondere (das Kind), obgleich demselben unmittelbar nicht aus dem Antrage, sondern aus der Ehelichkeitserklärung Vorteile erwachsen. Doch

---

[1]) Matthiass, Lehrbuch des B. R., S. 298.

[2]) Motive IV, 950.

kann die Anfechtung auch gegenüber der Behörde, bei welcher der Antrag eingereicht ist erfolgen[1]). Bei der Anfechtung einer Einwilligungserklärung ist Anfechtungsgegner der Vater und zwar auch dann, wenn die Einwilligung der Behörde gegenüber erklärt ist, bei welcher der Antrag einzureichen ist. § 143, Abs. 3 mit § 1726, Abs. 2.

Bei arglistiger Täuschung kann das Kind seine Einwilligung, auch wenn es sie der Behörde gegenüber erklärt hat, nur anfechten, wenn der Antragsteller die Täuschung kannte oder kennen musste und Anfechtungsgegner ist nach § 143 Abs. 3 der Antragsteller. Für den Antragsteller ist das Anfechtungsrecht solange ohne Bedeutung, als er den Antrag zurücknehmen kann. Ist aber die Ehelichkeitserklärung erfolgt, so ist das Anfechtungsrecht denselben Beschränkungen unterworfen wie das des Kindes und Anfechtungsgegner ist nach § 143 Abs. 3 das Kind[2]).

Die Folge der Anfechtung des Antrages oder einer der Einwilligungserklärungen beziehungsweise einer Bestätigungserklärung ist die Nichtigkeit des Antrages oder der Einwilligungserklärung. § 141, Abs. 1. Die Folge hiervon ist, dass die Ehelichkeitserklärung eines ihrer Erfordernisse ermangelt und deshalb unwirksam ist.

---

[1]) Mot. IV, 950.

[2]) Das Recht 7. Jahrg. Nr. 13 1903 Hannover und Leipzig. Jacubezky. Die rechtliche Stellung des Kindes bei der Vaterschaftsanerkennung. S. 325 ff.

Durch Bestätigung des Antrages oder der Einwilligungserklärung wird die bisherige Anfechtbarkeit von Anfang an geheilt.

Eine Form für die Anfechtbarkeit ist nicht vorgeschrieben, auch die Bestätigung der anfechtbaren Erklärung kann nach § 149 B. G. B. formlos erfolgen.

Ausserdem bestehen noch hinsichtlich der Anfechtung und Bestätigung der anfechtbaren Erklärungen besondere Bestimmungen, die höchstpersönlicher Natur sind und deshalb nicht durch einen Vertreter erfolgen können, sofern es sich nicht um die von dem gesetzlichen Vertreter für das geschäftsunfähige oder noch nicht 14 Jahre alte Kind erteilte Einwilligungserklärung handelt, in welchem Falle der gesetzliche Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts die erteilte Einwilligungserklärung anzufechten und die anfechtbaren Einwilligungserklärungen zu bestätigen hat. Mithin ist, wenn der Vater oder dessen Frau oder die Mutter des Kindes geschäftsunfähig oder verstorben sind, die Anfechtung des Antrages und der Einwilligungserklärung oder Bestätigung einer derartigen anfechtbaren Erklärung ausgeschlossen.

Ist der Vater oder das Kind in der Geschäftsfähigkeit bloss beschränkt, so bedarf es zur Anfechtung des Antrags der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und des Vormundschaftsgerichts. Dagegen bedarf die in der Geschäftsfähigkeit

beschränkte Frau des Vaters oder der Mutter des Kindes zur Anfechtung ihrer Einwilligungserklärung und zu deren Bestätigung der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht.

Die Ehelichkeitserklärung erfolgt durch eine Verfügung der Staatsgewalt. Sie steht dem Bundesstaate zu, dem der Vater angehört; ist der Vater ein Deutscher, der keinem Bundesstaate angehört, so steht sie dem Reichskanzler[1]) zu. Gehört der Vater mehreren Bundesstaaten an, so ist jeder der Bundesstaaten zuständig. Über die Erteilung des einem Bundesstaate zustehenden Ehelichkeitserklärung hat die Landesregierung zu bestimmen. § 1723. Nach königlicher Verordnung zur Ausführung des B.G.B. vom 16. Nov. 1899, Art. 13 erteilt in Preussen die Ehelichkeitserklärung der Justizminister.

Die Erteilung der Ehelichkeitserklärung ist eine reine Gnadensache, die versagt werden kann, wenn ihr auch ein gesetzliches Hindernis nicht entgegensteht und die nur erteilt werden kann,

[1]) Wann die Ehelichkeitserklärung wirksam wird, bestimmt sich nach öffentlichem Rechte: da sie ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft des öffentlichen Rechtes ist, so kann sie nicht schon, wie Opet, Verwandtschaftsrecht des B.G.B. S. 51 und 68 annimmt, mit der Unterzeichnung durch den kompetenten Beamten wirksam werden, sondern erst mit der nach den öffentlich-rechtlichen Normen des betreffenden Bundesstaates erfolgenden Verkündigung bezw. Eröffnung der Verfügung an den Antragsteller.

wenn die im B. G. B. aufgestellten Voraussetzungen zutreffen.

Legitimationsfähig sind alle unehelichen Kinder mit Ausnahme solcher, deren Eltern zur Zeit der Erzeugung des Kindes[1]) die Ehe nach § 1310, Abs. 1 wegen Verwandtschaft oder Schwägerschaft nicht schliessen konnten[2]). Die sogenannte fictio retrotractiva, welche ältere Juristen zum Satz bestimmte, dass die Eltern zur Zeit der Erzeugung Eheleute sein konnten, damit die Legitimation zulässig sei, ist vom B. G. B. nicht anerkannt, daher ist die Legitimation eines im Ehebruch erzeugten Kindes durch dessen Vater rechtlich möglich[3]). Hingegen kann ein Kind legitimiert werden, wenn es nach Erzeugung desselben ein das Ehehindernis begründendes Schwägerschaftsverhältnis gemäss § 1310 Abs. 1 eintritt. So kann z. B. ein uneheliches Kind der A, dessen

---

[1]) Die Worte „zur Zeit der Erzeugung" können sich nur auf den Fall der Verschwägerung beziehen. Denn eine wahre Blutsverwandtschaft kann nicht nachträglich eintreten. Windscheid, Pand. 8. Auflg., S. 90.

[2]) Hat also jemand am 1. Januar 1902 eine Witwe geheiratet und mit deren Tochter ausserehelich ein Kind erzeugt, das am 1. Oktober 1902 geboren ist, so ist die Ehelichkeitserklärung dieses Kindes unzulässig. Doch ist der Nachweis gestattet, dass das Kind zwischen dem 3. und 31. Dezember 1901, also vor der Eheschliessung mit seiner Grossmutter, während noch die Ehe mit seiner Mutter möglich war, empfangen worden sei. Spahn, Verwandtschaft und Vormundschaft Lief. 1, S. 31.

[3]) Dernburg, B. R. IV Anm. S. 300.

Vater B ist, für ehelich auch dann erklärt werden, wenn die A später den Sohn oder den Vater des B geheiratet hat[1]).

Ist das Kind in Blutschande[2]) erzeugt, so kann sein ehelicher Vater, wie Fischer[3]) sagt, nicht die Ehelichkeitserklärung erwirken, weil eine Ehe zwischen ihm und der Mutter unmöglich ist. Allein ein solches Kind ist nicht unbedingt unfähig für ehelich erklärt zu werden. Wenn jemand, der nicht Vater ist, den Antrag stellt und sich im Antrag als Vater bezeichnet, so kann die Ehelichkeitserklärung erfolgen. So auch auf Antrag dessen, gegen den die aussereheliche Vaterschaft erstritten wird, während er der wirkliche Vater nicht ist. Auch ist die Ehelichkeitserklärung nicht ausgeschlossen, wenn die Ehe zur Zeit der Erzeugung des Kindes zwischen dessen Eltern wegen Ehehindernisses der sogenannten affinitas illegitima (§ 1310 Abs. 2) verboten war. Endlich ist die Ehelichkeitserklärung nicht unzulässig, wenn von den Eltern des Kindes ein Teil den anderen zur Zeit der Zeugung an Kindes Statt angenommen hatte, da hier nicht das Ehehindernis des § 1310 Abs. 1, sondern dasjenige des § 1311 Platz greift[4]).

Nach dem Tode des Kindes ist die Ehelichkeitserklärung schlechthin ausgeschlossen. Sie kann

[1]) Fischer, Henle, B.G.B. § 1732 Anm. 1.

[2]) § 173 StGB.

[3]) Fischer, Henle § 1323 Anm. 2.

[4]) Windscheid Pand. 8. Aufl. S. 91.

auch nicht mit Beschränkung auf die Abkömmlinge des Kindes erteilt werden, auch dann nicht, wenn Antrag und Zustimmungserklärung bereits eingereicht waren § 1733 Abs. 1. Nach dem Tode des Vaters ist sie nur zulässig, wenn der Vater den Antrag bei der zuständigen Behörde eingereicht oder bei oder nach notarieller Beurkundung des Antrags das Gericht oder den Notar mit der Einreichung betraut hat, § 1733 Abs. 2. Die nach dem Tode des Vaters erfolgte Ehelichkeitserklärung hat die gleiche Wirkung, wie wenn sie vor dem Tode des Vaters erfolgt wäre. Die Erben des Vaters haben kein Widerrufsrecht.

Wirkungen der Ehelichkeitserklärung nach B. G. B.

Die Ehelichkeitserklärung hat die Wirkung, dass das Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes erlangt. Das für ehelich erklärte Kind behält den durch die Ehelichkeitserklärung erworbenen Namen auch bei, wenn derjenige, dessen Namen es trägt, gestorben ist und die uneheliche Mutter sich mit einem Dritten verehelicht, der erwiesenermassen gleich dem Verstorbenen ihr während der Empfängniszeit des Kindes beigewohnt hat[1]).

Bei der Ehelichkeitserklärung sind Abreden unter den Eltern über den Verkehr zwischen Mutter

---

[1]) Süssheim in Gruchots Beitr. 43, 584.

und Kind, sei es gestattende oder verbietende, zulässig, sofern sie nicht gegen die guten Sitten verstossen [1]).

Sofern das für ehelich erklärte Kind das natürliche Kind des Vaters ist, steht seiner Verheiratung mit der Frau des Vaters und der Verheiratung des früheren Ehegatten des Kindes mit dem Vater nach § 1310 Abs. 3 das trennende Ehehindernis der Schwägerschaft im Sinne des § 1310 Abs. 1 und des § 1327 entgegen [2]).

Heymann bemerkt, dass mehrere uneheliche Kinder der gleichen Mutter von gleichem Erzeuger trotz Ehelichkeitserklärung auch weiterhin zu einander im Halbgeschwisterverhältnisse stehn [3]).

Das legitimierte Kind tritt in die elterliche Gewalt des Vaters, erwirbt somit auch die Staatsangehörigkeit des letzteren [4]); die bisher geführte Vormundschaft endigt. Zwischen Vater und Kind tritt nunmehr die gegenseitige Unterhaltspflicht von Eltern und Kindern ein. Es erhält mit der Ehelichkeitserklärung den Familiennamen des Vaters [5]) § 1616

---

[1]) Jastrow, Th. II 241 in Jahrb. des Deutschen Rechts I. Jahg. S. 149.

[2]) Sartorius, S. 255 in Jahrb. des Deutschen Rechts, I. Jahrg. S. 149.

[3]) Jahrb. des Deutschen Rechts I. J. 149.

[4]) Ges. vom 1. Juni 1870 §§ 1, 4, 13 Ziffer 4 über den Erwerb und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit.

[5]) Auf Antrag ist gemäss § 26 Personenstandgesetz die Legitimation im Geburtsregister zu vermerken.

und ist zur Leistung von Diensten im Hauswesen und Geschäft des Vaters verpflichtet. Die für ehelich erklärte Tochter hat einen Anspruch auf Aussteuer (§ 1620—1623). Ferner wird durch die Ehelichkeitserklärung ein gegenseitiges, gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht begründet. (§§ 2303 ff., §§ 1601—1615, § 1924, § 2303 [1]). Das Erbrecht erleidet insbesondere auch dann keine Beschränkung, wenn eheliche Kinder des Vaters bereits vorhanden sind. Mit ihnen geht das ehelich erklärte Kind ins Teil [2]).

Jedoch sind die rechtlichen Wirkungen der Ehelichkeitserklärung in manchen Beziehungen beschränkter als bei der Legitimation durch nachfolgende Ehe. Während nämlich durch die letztere das uneheliche Kind in jeder Beziehung einem ehelichen Kind gleichgestellt wird, begründet die Ehelichkeitserklärung ein Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem unehelichen Kinde und dessen Abkömmlingen einerseits und dem unehelichen Vater andererseits. Die Ehelichkeitserklärung legitimiert mit dem Kinde auch die Abkömmlinge des Kindes,

---

[1]) Ob bezüglich des Erwerbes des Adels Legitimierte den ehelichen Kindern gleichstehen, bemisst sich gemäss E. G. Art. 55 nach Landesrecht. Hiernach werden die durch nachfolgende Ehe Legitimierten den ehelich geborenen gleichgeachtet, dagegen kann bei der Legitimation mittels königlichen Reskripts der Adel nur mit ausdrücklicher königlicher Bewilligung erteilt werden.

[2]) Fischer, Henle § 1736 Anm. 3.

welche zu ihm die Stellung ehelicher Kinder haben und zwar die zur Zeit der Ehelichkeitserklärung vorhandenen ohne ihre Zustimmung. § 1737 Abs. 1 S. 1. Die Abkömmlinge haben dem Erzeuger ihres Vaters gegenüber dieselbe Stellung wie eheliche Enkel [1]), ohne Rücksicht darauf, ob sie zur Zeit der Ehelichkeitserklärung schon vorhanden sind oder nicht.

Die Wirkung der Ehelichkeitserklärung erstreckt sich dagegen nicht auf die Verwandten des Vaters § 1737 Abs. 1 [2]). Es entsteht also in soweit keine gegenseitige Unterhaltpflicht und kein Erbrecht und dergleichen. Hierin kann selbst durch die Einwilligung der Verwandten oder durch einen Vertrag mit ihnen nichts geändert werden; soweit aber ein Verwandtschaftsverhältnis entsteht, ist es den ehelichen vollkommen gleichgestellt.

Es tritt auch nicht ein Schwägerschaftsverhältnis zwischen der Ehefrau des Vaters einerseits und dem Kinde und dessen Abkömmlingen andererseits, sowie zwischen dem Ehegatten des Kindes oder eines Abkömmlings des Kindes einerseits und dem Vater andererseits ein. § 1737 Abs. 1. Es ist dies eine Ausnahme von dem Grundsatze, dass die Verwandten des einen Ehegatten mit

---

[1]) Motive IV 934.

[2]) Schon die neueren Gesetzgebungen schränkten vielfach die Rechtsbeziehungen der Kinder zu den Verwandten des Vaters ein. Stobbe IV § 257. Stölzel, Das Recht der väterlichen Gewalt in Preussen S. 11.

dem anderen Ehegatten verschwägert sind. § 1590. Das Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem Kinde und der Mutter und den mütterlichen Verwandten mit seinen Folgen bleibt unberührt. § 1737, Abs. 2. Von dieser Vorschrift gibt es jedoch Ausnahmen. Und zwar verliert die Mutter mit der Ehelichkeitserklärung das Recht und die Pflicht für die Person des Kindes zu sorgen. Ihr verbleiben nicht einmal diejenigen Rechte und Pflichten, welche die Mutter eines ehelichen Kindes während der Dauer der Ehe hat. § 1634. Dies erklärt sich daraus, dass den Gesetzgeber Umstände geleitet haben, aus denen die Ehelichkeitserklärung in der Regel zu erfolgen pflegt, nämlich die Verschiedenheit der sozialen Stellung zwischen Vater und Mutter, die es für unerträglich hält, dass das Kind, das den Namen des Vaters trägt, der Erziehung der Mutter belassen bleiben soll.

Die Sorge für die Person fällt der Mutter auch nicht wieder zu, wenn die elterliche Gewalt des Vaters endigt, sondern nur, wenn die Mutter dem Kinde Unterhalt gewähren muss und zugleich die elterliche Gewalt des Vaters wegen Geschäftsunfähigkeit oder festgestellter längerer Behinderung § 1677 ruht[1]). § 1738. Ferner fällt das Erfordernis ihrer Einwilligung in die Eheschliessung des Kindes nach § 1305, Abs. 1, S. 3 weg und lebt nicht wieder auf, wenn der Vater gestorben ist.

---

[1]) Matthiass, Lehrbuch des B.R., 2. Bd., S. 300.

Eine weitere Ausnahme enthält der § 1739, wonach der Vater und dessen Abkömmlinge vor der Mutter und den mütterlichen Verwandten zu Gewährung des Unterhalts verpflichtet ist. Will der Vater eine neue Ehe eingehen[1]), während er die elterliche Gewalt über das Kind hat, so hat er die Absicht seiner Verehelichung dem Vormundschaftsgerichte anzuzeigen, auf seine Kosten ein Verzeichnis des seiner Verwaltung unterliegenden Vermögens einzureichen und soweit in Ansehung des Vermögens eine Gemeinschaft zwischen ihm und dem Kinde besteht, die Auseinandersetzung herbeizuführen. Eine Gemeinschaft[2]) besteht unzweifelhaft nicht, wenn Vermögen überhaupt nicht vorhanden sei. In diesem Falle werde das Vormundschaftsgericht daher ohne weiteres und ohne Bestellung eines Auseinandersetzungspflegers das Auseinandersetzungszeugnis erteilen. Statt des zu überreichenden Vermögensverzeichnisses werde der Gewalthaber lediglich eine Anzeige von der Vermögenslosigkeit zu machen haben. Dabei sei hervorzuheben, dass das Vormundschaftsgericht, falls der Verdacht der Unrichtigkeit der Anzeige vorliege, kraft seiner Stellung als Vormundschaftsbehörde berechtigt und verpflichtet sei, die ihm geeignet erscheinenden

---

[1]) § 1740 B. G. B.

[2]) Jur. Monatsschrift für Posen 4. Jahrgang 1901. Finke Auseinandersetzung und Auseinandersetzungpflegschaft im Falle der Wiederverheiratung des elterlichen Gewalthabers § 1669, 1684, 1740, 1761 B. G. B. S. 23 ff.

Ermittelungen anzustellen und in diesem, wie auch in anderen Fällen der Überreichung des Vermögensverzeichnisses auf die Berichtigung oder Ergänzung hinzuwirken, nötigenfalls unter Verweigerung des Auseinandersetzungszeugnisses. Sei ferner ein irgendwie erhebliches Vermögen nicht vorhanden, so greife die Erwägung Platz, dass die Aufhebung der Gemeinschaft in diesem Falle die Untergrabung der Subsistenz der Familie zu Folge haben könne. Denn es werde einerseits dem Gewalthaber grosse Schwierigkeiten bereiten, etwaige den Kindern gegenüber zu übernehmende Verpflichtungen zu erfüllen, während andererseits die Vorteile, die den Kindern hieraus entstehen könnten, in keinem angemessenen Verhältnisse zu dem dem Gewalthaber erwachsenden Schaden ständen. Das Vormundschaftsgericht werde daher, da die Aufrechterhaltung der bisherigen Gemeinschaft, gemeinsamen Wirtschaft im Interesse der Kinder wie des Gewalthabers und schliesslich der bürgerlichen Gesellschaft selbst liege, in diesem Falle von der Auseinandersetzung abzusehen haben [1]). Sei ein nennenswertes Vermögen vorhanden, so habe die Auseinandersetzung zu erfolgen.

Das Vormundschaftsgericht kann gestatten, dass die Auseinandersetzung erst nach der Eheschliessung erfolgt. § 1669, Abs. 1, S. 2. Kommt der Vater diesen Verpflichtungen nicht nach, so kann ihm

---

[1]) Vgl. Motive a. a. O. 1812.

das Vormundschaftsgericht die Ausübung der Vermögensverwaltung entziehen § 1670; das Nutzniessungsrecht bleibt aber unberührt. Das Vormundschaftsgericht kann aber diese Anordnungen, solange die elterliche Gewalt des Vaters dauert, zu jeder Zeit ändern. § 1671.

Für den Rechtsstreit über das Bestehn oder Nichtbestehn der Ehelichkeitserklärung zwischen den Parteien gilt C. P. O. 640 [1]).

E) Schluss.

§ 10.

Bestimmungen über das örtlich und zeitlich zuständige Recht.

Die Legitimation eines unehelichen Kindes bestimmt sich, wenn der Vater zur Zeit der Legitimation die Reichsangehörigkeit besitzt, nach den deutschen Gesetzen Art. 22, 1 E. G. zum B. G. B.

Gehört der Vater einem fremden Staat an während das Kind die Reichsangehörigkeit besitzt, so ist die Legitimation unwirksam, wenn die nach den deutschen Gesetzen erforderliche Einwilligung des Kindes oder eines Dritten, zu dem das Kind in einem familienrechtlichen Verhältnisse steht, nicht

---

[1]) Spahn, Verwandtschaft und Vormundschaft, Lief. 1, S. 32.

erfolgt ist. Art. 22, 2 E. G. zum B. G. B. [1]). Auf die Legitimation durch nachfolgende Ehe ist diese Bestimmung deshalb nicht anwendbar, weil die Wirkungen der Legitimation durch nachfolgende Ehe, wie wir schon vorher erwähnt haben, gegen den Willen des zu legitimierenden Kindes und eines Dritten eintreten.

Von den vorstehenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist die des § 1706 für das Namensänderungswesen bei unehelichen Kindern am Bemerkenswertesten.

Während die mehrfach angeführten Ministerial-Erlasse die Namensänderungen nur ausnahmsweise und insbesondere nur dann gestatteten, wenn Umstände nachgewiesen wurden, die den vorgekommenen Fehltritt einigermassen zu entschuldigen vermochten, wird in Gemässheit des § 1706 eine mildere Praxis eingeführt.

Es wird demnach auch in der Billigkeit liegen trotz des Art. 208 zum E. G. des B. G. B. in besonders geeigneten Fällen, eine von der bisherigen abweichende mildere Praxis einzuhalten.

Derartige Billigkeitsgründe werden besonders in Fällen zu erblicken sein, in denen das uneheliche Kind den Namen

[1]) Nach dem Ministerial-Erlass v. 21. 1. 1862 (Min.-Bl. S. 25) bleiben uneheliche Kinder einer Ausländerin, die einen preussischen Untertanen heiratet, ohne Legitimation Ausländer. Kollrack, die Namen und Namensänderungen in Preussen S. 76.

des Vaters mit dessen Willen und Wissen stets geführt hat, und dass, falls es den eigentlichen Namen annehmen und führen müsste, ihm ohne sein Verschulden grosse Schwierigkeiten in seinem weiteren Fortkommen erwachsen würden[1]).

Wenn die Feststellung der Abstammung eines Kindes erst nach Eintragung des Geburtsfalles erfolgt, oder die Standesrechte durch Legitimation, Annahme an Kindes Statt oder in anderer Weise eine Veränderung erleiden, so ist dieser Vorgang, sofern er durch öffentliche Urkunden nachgewiesen wird, auf Antrag eines Beteiligten am Rande der über den Geburtsfall vorgenommenen Eintragung zu vermerken. § 26 des Personenstandgesetzes vom 6. Febr. 1875.

Inwieweit ein vor dem Inkrafttreten des B. G. B. legitimiertes Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes hat und inwieweit der Vater und die Mutter die Pflichten und die Rechte ehelicher Eltern haben, bestimmt sich nach den bisherigen Gesetzen. Art. 209 E. G. zum B. G. B.

[1]) Kollrack a. a. O. S. 76.

Zum Schluss spreche ich allen meinen hochverehrten Herren Professoren, insbesondere dem Herrn Professor Dr. Matthiass für die liebenswürdige Unterstützung bei meiner Dissertation, meinen ehrerbietigsten Dank aus.